أحكام الأسرة فى الإسلام

الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب

دكتـــور

أحمد فـراج حســين

أستاذ الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

١٤١٨هـ - ١٩٩٨م

دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ شارع سوتير تليفون ، ٤٨٢٨٠٩٩

الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية
جلال حزى وشركاه

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين،والصلاة والسلام على أشرف المرسلين،سيدنا محمد،و على آله وصحبة أجمعين ، وبعد :

فهذا هو الجزء الثانى من أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية، تناولت فية الأحكام المتعلقة بالطلاق وحقوق الأولاد ، ونفقة الأقارب ، بعد مقدمة توضيحية للطرق التى ينتهى بها الزواج ، وما تتميز به هذة الطرق فيما بينها ، وما يتوقف منها على قضاء القاضى ومايقع بمجرد حدوثة و دون توقف على هذا القضاء .

و لما كانت هذة الأحكام محكومة منذ تنظيم المحاكم الشرعية فى مصر بالقواعد التى بينتها المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، والتى استبقى نصها كما هو فى النظام القانونى القائم بعد الغاء المحاكم الشرعية والتى تنص على أنة " تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذة اللائحة ولأرجح الاقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الاحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد.

وتبعا لذلك فإننى سأذكر بمشيئة ا لله تعالى ، أحكام هذة المسائل فى المذهب الحنفى مع تعيين القول الراجح فى كل مسألة ورد فيها عن أئمة المذهب أكثر من قول ، باعتباره القانون الواجب التطبيق فيما لم يرد بشأنة نص خاص ، ثم ما ورد بشأنة نص خاص مما كان مأخذه أقوال الفقهاء فى المذاهب الإسلامية الآخرى أو قول مرجوح فى المذهب الحنفى ، مع بيان أدلة هذه الأقوال ووجه العدول بها عن أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، وذلك جميعا بعبارة واضحة بعيدة عن الاستغراق فى الاختلافات الفقهية فيما لا فائدة منه للطالب .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد ،

فهذا هو الجزء الثاني من أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، تناولت فيه الأحكام المتعلقة بالطلاق وحقوق الأولاد ، ونفقة الأقارب ، مع بيان الفرقة الزوجية التي ينتهي بها الزواج ، وما تتعين به هذه الفرقة فيما بينها ، وما يتوقف منها على القضاء [illegible] على مذهب الفقهاء .

ولما كانت هذه الأحكام محكومة بتنظيم المصالح الشرعية في مجتمع [illegible] بالقواعد التي نصت عليها المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة [illegible] بتثبيت المصالح الشرعية ، والتي استقرت نصوصها [illegible] في الفتاوى والقانون بعد الغاء المحاكم الشرعية والتي تنص على أنه [illegible] طبقا للعمل في فيما يحكم التي الأحكام عدا ما له [illegible] مذهب أبي حنيفة [illegible] الأحكام [illegible] على الشرعية [illegible] الفقهاء .

وتبعا للنهج الذي سلكته [illegible] بمشيئة الله تعالى ، أحكام هذه المسائل في المذهب [illegible] وتبيين الآراء الفقهية في كل مسألة ، [illegible] فيها من أخذ بالمذهب الآخر من فقهاء ، وللمقارنة القانون [illegible] فيما يرد بشأنه نص [illegible] . ثم ما لم يرد بشأنه نص [illegible] الأقوال في المذهب الإسلامية الأرجح أو [illegible] في المذهب الفقهي [illegible] ، وهو ما يبلن [illegible] الأقوال المعمول بها من أرجح الأقوال في المذهب [illegible] ، وذلك [illegible] ومصلحة [illegible] من الاختلاف في التكييفات الفقهية فيما لا تتعلق منه بالطلاب .

أسأل الله تعالى أن يجنبنى الزلل وأن يعصمنى مـن الخطـأ وأن يجعـل مـا كتبته علما نافعا وعملا صالحا،إنه نعم المولى و نعم النصير.

ولاحول و لا قوة إلا با لله العلى العظيم.

دكتــور

أحمـــد فراج حسين

مقدمة فى طرق إنهاء الزواج

ينتهى الزواج بوقوع الفرقة من أحد الزوجين .

وفرق الزواج لها طريقان :

الطريق الأول : فرقة ينتهى بها الزواج وتسمى طلاقاً، وهى ما كانت من قبل الزوج. وفى معنى الزوج من ينوب منابه من الوكيل والقاضى. والزوجة إذا كانت مفوضة من الزوج.

الطريق الثاني : فرقة ينتهى بها الزواج وتسمى فسخاً، وهى ما كانت بسبب من الزوجة وحدها، أو بسبب يشترك فى معناه الزوجان معاً .

وفرق الزواج جميعاً، طلاقاً وفسخاً، بعضهما يتوقف وقوع الفرقة به على حكم القاضى، وبعضها تقع الفرقة به بمجرد حصول سببها دون توقف على حكم من القاضى .

وفيما يلى بيان أسباب هذه الفرق ، وما يتوقف منها على القضاء وما لا يتوقف وأثر كل:

أولاً – فرق الطلاق

تعتبر الفرقة طلاقاً، إذا كانت من قبل الزوج أو ما فى معناه وتتناول الأسباب الآتية :

الأول : ألفاظ الطلاق بصريحها وكناياتها، فإذا صدر من الزوج طلاق، وكان أهلا لإيقاعه، كان فرقة بطلاق.

الثانى : الخلع، إذا وقع الخلاف بين الزوجين، ولم يؤد الصلح بينهما إلى الوفاق، وأرادت الزوجة أن تفتدى نفسها بمال تدفعه إلى الزوج. فى مقابل أن

يخلعها من هذه الزوجية وقبل، كان الواقـع بـه فرقـة طـلاق، لأنهـا فرقـة بعـوض حصلت من الزوج، كما لو قال : طلقتك على مائة جنيه، وقبلت .

الثالث : تفريق القاضى بسبب عيــب الـزوج مـن الجـب والعنـة والخصـاء والخنوثة، لأن السبب حصل من الزوج، وهو المنع من إيفاء حقها المستحق بالنكاح وأنه ظلم وضرر فى حقها، إلا أن القاضى ناب منابه فى دفع الظلم عنها لـما امتنـع عن طلاقها بالمعروف.

الرابع : اللعان، إذا قذف الزوج زوجته قذفاً يوجـب الحـد فـى الاجنبيـة وتلاعنا فرق القاضى بينهما وكان تفريقه طلقة بائنة، وفقاً لأرجح الأقوال فى المذهب الحنفى .

الخامس : الإيلاء، إذا حلـف الـزوج إلا يقـرب زوجتـه مـدة أربعـة أشـهر فأكثر، وصدق فى يمينه، وقعت الفرقة بينهما.

السادس: تطليق الزوجة نفسها، إذا فوض الزوج إلى زوجته أمـر طلاقهـا، بأن ملكها عصمتها، فإن تطليقها نفسها، يكون فرقة بطلاق، لأنها نائبة منابه.

السابع: تفريق القاضى بأسباب : إعسار الـزوج وغيبتـه وحبسـه وإضـراره وسوء عشرته، وفقاً للتشريع المصرى، القائم أخذاً مـن المذهـب المـالكى كمـا سيأتى مفصلاً. لأن كل أولئك بسبب الزوج، والقاضى قام مقامه، دفعاً للضرر عن الزوجة.

ثانياً- فرق الفسخ[1]

تعتبر الفرقة فسخاً، إذا كان سببها مختصاً بالزوجة، أو مشتركاً بين الزوجين، **وأسباب الفسخ هي :**

١- التفريق لعدم الكفاءة أو نقصان المهر عن مهر المثل، إذا تزوجت بغير كفء أوبأقل من مهر مثلها سواء زوجت نفسها أو زوجها وليها، فلها أو لوليها حسب الأحوال، حق الإعتراض على هذا الزواج، وتعتبر الفرقة الحاصلة بهذا السبب فسخاً، لأنها بسبب من قبل الزوجة.

٢- فساد العقد، كما لو تزوجا بغير شهود، وكالعقد على الأخت من الرضاع، أوعلى زوجة غيره أو معتدته، لأن الطلاق لا يكون إلا من زواج صحيح، فإذا لم يكن الزواج صحيحاً كانت الفرقة فسخاً لا طلاقاً .

٣- فعل الزوج ما يوجب حرمة المصاهرة مع فروع زوجته الاناث أو أصولها، أوفعل الزوجة ذلك بفروع زوجها الذكور أو أصوله[2].

٤- اختيار الصغير أو الصغيرة بعد البلوغ فى خيار البلوغ، وإنما كانت الفرقة بسبب خيار البلوغ فسخاً ولم تكن طلاقاً، ولو كان من له الاختيار هو الزوج، لأنها فرقة يشترك فى سببها الرجل والمرأة، فليست مختصة بواحد منهما، حتى أنه لو إختار أحدهما نفسه قبل الدخول، فلا مهر للزوجة ولو كان الاختيار واقعاً من الزوج[3].

---

(1) فسخ العقد : رفعه من الأصل، وجعله كأن لم يكن، انظر بدائع الصنائع، ج٢ ص٣٣٦ .

(2) ذهب الشافعية والمالكية بأن فعل أحد الزوجين مع أصل الآخر أو فرعه ما يوجب حرمة المصاهرة، لا يترتب عليه فسخ العقد لأن الحرام لا يحرم الحلال.

(3) وهكذا كل فرقة تأتى من قبل الزوجة قبل الدخول بها . لا تكون لها مهر، اما انه لم يجعلها نصف المهر فى حالة اختيار الزوج نفسه قبل الدخول بها. مع أن الفرقة كانت من قبله وبسببه، وكل فرقة تكون من قبل الزوج الأصل فيها أن تكون فرقة بطلاق يتعلق نصف المهر، فلأن المشرع أثبت -

٥- إباء أحد الزوجين الإسلام بعد إسلام الزوج الآخر، وهما فى دار الإسلام، غير أن إباء الزوجة لما كان يختلف من بعض الوجوه عن إباء الزوج، كان من المتعين أن نبين بعض البيان حكم كل منهما : -

أولاً : إسلام الزوج:

إذا كان الزوجان يدينان بغير الإسلام وهما فى دار الإسلام ثم أسلم الزوج، فإن كانا كتابيين، فالنكاح بحاله، لأن-الكتابية-مسيحية أو يهودية- محل لنكاح المسلم ابتداء فكذا بقاء .

وإن كانا مشركين أو مجوسيين، عرض الإسلام على الزوجة ولا تقع الفرقة بنفس الإسلام، فإن أسلمت بقيا على النكاح، وان أبت فرق بينهما،لأن المشركة أوالمجوسية لا تصلح لنكاح المسلم، لا ابتداء ولا بقاء .

ويعتبر التفريق بينهما فسخاً للزواج، لأن الفرقة جاءت من قبلها وهو الإباء عن الإسلام، والفرقة من قبل المرأة لا تصلح طلاقاً، لأنها لا تلى الطلاق.

ثانياً : إسلام الزوجة :

أما إذا أسلمت زوجة غير المسلم وهما في دار الإسلام، فسواء أكان الزوج الغير مسلم كتابياً أم غير كتابى ، فإنه يعرض عليه الإسلام، قبل الفرقة، فإن أسلم بقيا على النكاح ، وان أبى الإسلام فرق بينهما، لأنه لا يجوز أن تكون المسلمة زوجاً لغير المسلم ابتداء، فكذا فى البقاء عليه.

=له الخيار فلابد أن يكون مفيداً، ولو كان طلاقاً ووجب عليه نصف المهر، لم يكن لاثبات الخيار معنى، لانه يملك الطلاق، ففائدة الخيار له سقوط المهر عنه، حتى قالوا: ليست لنا فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول ولا مهر عليه إلا هذه. أما ضن كان قد تأكد بالدخول فلا يحتمل السقوط انظر : رد المحتار ، ج٢ ص٣١٥ ، البدائع ج٢ ، ص٣٣٦ .

غير أن فقهاء المذهب الحنفى قد اختلفوا فى طبيعة هذه الفرقة، أتعتبر فرقة بطلاق، أم أنها فرقة بغير طلاق، ذهب إلى الأول أبو حنيفة ومحمد وذهب إلى الثانى أبو يوسف.

وجه قول أبى يوسف أن هذه فرقة يشترك فى سببها الزوجان ويستويان فيه، فإن الإباء من كل واحد منهما سبب الفرقة والفرقة الحاصلة بإبائها فرقة بغير طلاق فكذا بإبائه لاستوائهما فى السببية.

وجه قول أبى حنيفة ومحمد : أن إباء الزوج الإسلام بعد أن أسلمت زوجته يفوت مقاصد النكاح، ومقاصد النكاح إذا لم تحصل لم يكن فى بقائه فائدة، فكانت الحاجة ضرورية إلى التفريق بينهما منعاً للفساد، والأصل فى التفريق هو الزوج، والقاضى ينوب منابه كما فى الجب والعنة، فكان الأصل فى الفرقة هو فرقة الطلاق، فيجعل طلاقاً ما أمكن، وهذا بخلاف إباء الزوجة، فإنه يكون فسخاً لأنها لا تملك الطلاق.

٦-ردة أحد الزوجين : إذا إرتد أحد الزوجين ، بأن خرج عن دين الإسلام إلى غيره ، وقعت الفرقة بينهما فى الحال بغير خلاف ، قبل الدخول أو بعده ، لأنه لا عصمة مع الردة ، والنكاح لا يبقى مع زوال العصمة ، فضلا عن أن الردة موجبة للعقوبة وذلك لا يحتمل التراخى .

غير أن ردة المرأة تعتبر فسخاً بلا خلاف . وأما ردة الرجل فهى كذلك فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد تعتبر فرقة بطلاق .

وجه قول محمد، أن الاصل إذا كانت الفرقة قد حصلت بمعنى من قبل الزوج وأمكن أن تجعل طلاقاً ، تجعل طلاقاً ، وهنا كذلك .

ولأبى يوسف، أنها فرقة حصلت بسبب يشترك فيه الزوجان لأن الردة من كل واحد منهما سبب لثبوت الفرقة .

ولأبى حنيفة، أن هذه الفرقة وإن كانت بسبب وجد من الرجل وهو ردته إلا أنه لا يمكن أن تجعل الردة طلاقاً ، لأن الردة بمنزلة الموت ، وفرقة الموت لاتكون طلاقاً .

هذا إذا إرتد أحد الزوجين ، فأما إذا إرتدا معا ، فإن الفرقة لا تقع بينهما حتى لو أسلما معاً فهما على نكاحهما[١].

ثم إن كان الزوج هو المرتد ، فلها كل المهر إن دخل بها ونفقة العدة ، ولها نصف المهر إن لم يدخل بها .

وإن كانت هي المرتدة ، فلها كل المهر إن دخل بها ، لا نفقة العدة ، لأن الفرقة جاءت من جهتها ، وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها ولا نفقة[٢].

٧-تباين الدار حقيقة وحكماً[٣]: إذا خرج أحد الزوجين إلى دار الإسلام مسلماً أوكتابياً ، وترك الآخر كافرا في دار الحرب ، وقعت البينونة بينهما ، لأن إختلاف الدارين حقيقة وحكماً ، لا تنتظم معه المصالح التى شرع لاجلها النكاح فلم يكن فى بقائه فائدة فيزول كالمسلم إذا إرتد عن الإسلام ولحق بدار الحرب أنه يزول ملكه عن أمواله ، ولأن الظاهر أن الخارج الى دار الإسلام مسلماً أو ذمياً لا يعود، والكائن هناك لا يخرج ، من ثم كان تباين الدارين منافياً لبقاء النكاح وقاطعاً له ، لخروجه عن أن يكون منتفعاً به .

---

(١) ذهب زفر والأئمة الثلاثة إلى أنه الفرقة بينهما ، لأن فى ردتهما ردة أحدهما وهى منافية للنكاح ، ولكن يجاب على ذلك بإجماع الصحابة ، فإن بني حنيفة لما إرتدوا عم الإسلام فى زمن أبى بكر ، ثم أسلموا لم يأمرهم الصحابة بتجديد أنكحتهم .

(٢) أفتى بعض فقهاء المذهب الحنفى ان ردة المرأة لا توجب الفرقة حسماً لاحتيالها على الخلاص من الزوجية بأكبر الكبائر ، وأفتى البعض الآخر بالفرقة وجبرها على الإسلام وعلى النكاح مع زوجها الأول ، ولأن الحسم بذلك يحصل ، ولكل قاض ان يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار ، رضيت أولا ، وتعزر خمسة وسبعين . انظر الفتح على الهداية جـ٢ صـ٥١٣ وما بعدها .

(٣) المراد بتباين الدار حقيقة تباعدهما شخصاً، وحكماً إلا يكون فى الدار التى دخلها على سبيل الرجوع ، بل يكون على سبيل القرار والسكنى . - انظر العناية على الهداية جـ٢ صـ٥١٠ .

ثم أن كان الزوج هو الذى خرج فلا عدة على المرأة ، لانها حربية وأن كانت المرأة هى التى خرجت فلا عدة عليها فى قول أبى حنيفة خلافاً لأبى يوسف ومحمد .

وكذلك إذا خرج أحدهما كتابياً-يهودياً أو مسيحياً- وقعت الفرقة لأنه صار من أهل دار الإسلام ، كما لو خرج مسلماً بخلاف المستأمن ، لعدم تباين الدار فى حقه حكماً لقصده الرجوع .

فإذا خرج أحد الزوجين الحربيين إلى دار الإسلام بأمان كان مستأمنا ولايترتب على خروجه هذا أن تقع الفرقة بينهما لأن دخوله دار الإسلام على سبيل العارية لقضاء بعض حاجاته لا للتوطن فلا يبطل حكم دار الحرب فى حقه ، كالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمان، فإنه لا يصير بالدخول من أهل دار الحرب[1].

الفرق بين الطلاق والفسخ

يتميز الطلاق عن الفسخ من عدة وجوه :

الأول : الفسخ يكون بسبب أمر عارض (طارئ) على العقد يمنع بقاءه واستمراره، كفسخ الزواج بسبب ردة الزوجة أو إبائها الإسلام بعد أن أسلم زوجها ولم تكن كتابية ، أو بسبب أمر اقترن بإنشاء العقد جعله غير لازم من أول الأمر كفسخ الزواج بسبب خيار البلوغ أو عدم الكفاءة .

أما الطلاق فسببه اللفظ الدال عليه من الزوج أو من يقوم مقامه من الوكيل والقاضى ومن عصمتها بيدها (المفوضة).

ويلحق بلفظ الطلاق ، الخلع والإيلاء وما فى معناهما من كل ما تكون الفرقة فيه بسبب غير عدم لزوم العقد من أساسه وغير طرق حالات عليه تتنافى مع بقاء الزوجيه واستمرارها .

---

(1) انظر رد المحتار جـ٢ صـ٣١٥ ، بدائع الصنائع جـ٢ صـ٢٣٧-٢٣٨ ، مجمع الأنهر جـ١ صـ٣٧١ .

الثاني : الفسخ ينتهي به الحل الذى كان ثابتاً بالزواج بمجرد حدوثه ، من غير توقف على إنقضاء العدة .

ومنه ما ينقض العقد ويفسخه من أصله كأنه لم يكن كالفسخ بخيار البلوغ، فلا يجب المهر حينئذ إلا إذا كان قد حصل ما يؤكده ومنه ما ينقض العقد ويرفعه من وقت وجود سببه (أى لا يكون له أثر رجعى) وذلك كالفسخ بسبب ردة الزوجة، أو بسبب امتناعها عن الدخول فى دين سماوى بعد أن أسلم زوجها .

أما الطلاق، فإنه لا ينقض العقد أصلا ، وإنما يوجب إنهاء عقد الزواج ، بالفاظ مخصوصة ، وقد يترتب عليه زوال الحل الثابت بالعقد فى الحال ، وذلك فى الطلاق البائن بقسيمه ، وقد لا يترتب عليه زوال الحل فى الحال ، بل يتوقف زواله على إنقضاء العدة وذلك فى الطلاق الرجعى .

الثالث : الفسخ لا يحتسب من عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته بمقتضى عقد النكاح . فلو وقعت فرقة الفسخ بين الزوج وزوجته ، ثم عادا إلى الزواج من جديد ، ملك عليها ثلاث طلقات .

أما الطلاق فإنه يحتسب من عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ؛ سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً ، فلو طلق الزوج زوجته طلقه واحدة ، ثم عاد إلى الزوجية مرة ثانية فإن الزوج لا يملك إلا طلقتين .

الرابع : المعتمدة من فسخ لا يلحقها الطلاق فى أثناء العدة إلا بسببين :

أحدهما : الردة إذا إرتدت الزوجة بعد الدخول بها ووقعت الفرقة بينها وبين زوجها ، كان لزوجها أن يطلقها فى مدة العدة صريحاً ويلحقها الطلاق ، لأن الحرمة بالردة غير متأبدة لارتفاعها بالإسلام ، فيقع طلاقه عليها فى العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث[1].

---

(1) تحريمها بعد الثلاث تحريم موقت ، يزول إذا تزوجت زوجاً آخر ودخل بها وطلقها أو مات عنها وانقضت عدتها منه ، بشرط أن تكون قد عادت إلى الإسلام .

ثانيهما : إباء الزوجة الإسلام ، إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بناء على إباء الزوجة الإسلام ، فإن لزوجها أيضاً أن يطلقها فى عدة الفسخ ويلحقها هذا الطلاق وفيما عدا هذين السببين فإن الطلاق لا يلحق المعتدة من فسخ لعدم فائدته لانها حينئذ إما أن تكون حرمتها قد تأبدت كما فى حرمة المصاهرة ، وإما أن العقد قد ارتفع من الأصل وأعتبر كأن لم يكن ، كما فى الفرقة لعدم الكفاءة ونقصان المهر وخيار البلوغ[1].

أما المعتدة من فرقة الطلاق بما دون الثلاث ، فإن الطلاق يقع فى عدتها، لأن الطلاق لا ينقض العقد ولا يزيل حل التزوج بالمرأة إلا إذا كان بائناً بينونة كبرى.

ما يتوقف على القضاء وما لا يتوقف عليه

فرق الزواج على عمومها ، منها ما يتوقف على قضاء القاضي ومنها ما يقع ويظهر أثره من تلقاء نفسه بمجرد حصول سببه ودون توقف على قضاء القاضى .

والضابط فى معرفة ما يحتاج إلى قضاء وما لا يحتاج ، هو أن كل فرقة تنبني على سبب خفى غامض يحتاج للنظر والتقدير ، يوكل أمر التحقيق فيه إلى القضاء ، لأنه المختص بالفصل فى المنازعات ، فالكفاءة مثلا شئ لا يعرف بالحس، وأسبابها مختلفة لذلك إحتاج التفريق بسببها إلى القضاء ، وخيار البلوغ، مبناه قصور الشفقة وهو أمر باطنى ، والإباء ربما يوجد وربما لا يوجد، والقاضى فى مثل ذلك هو الذى يقدر الأمر ويفصل فيه بما يرى .

---

(1) القياس فى المعتدة من فسخ إلا يلحقها طلاق فى عدتها لما قررناه من أن العقد قد أعتبر كأن لم يكن ، غير أن فقهاء الحنفية استثنوا لمعتدة من فسخ بسببي الردة والإباء فقالوا : يقع الطلاق فى عدتها استحساناً لقصد الزجر والعقوبة .

وكل فرقة تنبنى على سبب جلى ظاهر ، لا يحتاج إلى بحث وتثبيت، ولاتكون محلا للنزاع ، تقع بها الفرقة من تلقاء نفسها كالفرقة بسبب صدور لفظ الطلاق ممن يملكه أو بسبب ردة أحد الزوجين .

بناء على ذلك يمكن تقسيم فرق الزواج ، من حيث الحاجة إلى القضاء وعدمه إلى أربعة أقسام :

الأول : فرقة هي طلاق ولا تتوقف على قضاء القاضي .

الثاني : فرقة هي طلاق وتتوقف على قضاء القاضي .

الثالث : فرقة هي فسخ ولا تتوقف على قضاء القاضي .

الرابع : فرقة هي فسخ وتتوقف على قضاء القاضي .

القسم الأول : فرق الطلاق التي لا تتوقف على القضاء :

١-الفرقة بلفظ الطلاق من الزوج ، أو من وكيله بالطلاق ، أو من الزوجه التى فوضها زوجها فى إيقاع الطلاق .

٢- الفرقة بسبب الإيلاء .

٣- الفرقة بسبب الخلع .

القسم الثاني : فرق الطلاق التي تتوقف على القضاء :

١-الفرقة بسبب اللعان على رأى أبى حنيفة ومحمد.

٢-الفرقة بسبب عيوب الزوج الجنسية ، كالجب والعنة والخصاء.

٣-الفرقة بسبب إباء الزوج عن الإسلام فى دار الإسلام، بعد أن أسلمت زوجته على رأى أبى حنيفة ومحمد اللذين يعتبرانها طلاقاً، لأنه بالإباء إمتنع عن

الإمساك بالمعروف، مع قدرته عليه بالإسلام ، فينوب القاضي منابه في التسريح بالإحسان كما في الجب والعنة[1].

٤-الفرق التي أخذها المشرع المصرى من مذهب الامام مالك بأسباب الاضرار بالزوجة والاعسار بنفقتها ، وغيبته ، وحبسه .

القسم الثالث : فرق الفسخ التي لا تتوقف على القضاء :

١-الفرقة بسبب إتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه إتصالا يوجب حرمة المصاهرة .

٢-الفرقة بسبب تباين الدار حقيقة وحكماً .

٣-الفرقة بسبب أن العقد قد وقع غير صحيح ، كأن يتم بغير شهود، أو كان على الاخت من الرضاع .

٤-الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين[2].

القسم الرابع : فرق الفسخ التي تتوقف على القضاء:

١-الفرقة بسبب خيار البلوغ أو خيار الافاقة من الجنون سواء كان الخيار للزوج أوالزوجة .

٢-الفرقة بسبب إباء الزوجة الإسلام ، بعد إسلام زوجها وهما في دار الإسلام[3].

---

(١) خلافاً لأبي يوسف الذي يرى أن الفرقة بسبب اللعان لا تكون طلاقاً، بل تعتبر فسخاً ، تتوقف على تفريق القاضي - انظر الفتح على الهداية ، جـ٣ ، صـ٢٦٥، ورد المختار جـ٢ صـ٤٠٤،٤٠٥ ، خلافاً لأبي يوسف الذي يعتبرها فسخاً ، تتوقف على القضاء .

(٢) ردة الزوجه تعتبر فسخاً لا يتوقف على القضاء بلا خلاف ، أما ردة الزوج فهي كذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وفي قول محمد تعتبر فرقة بطلاق.

(٣) كذلك يعتبر أبو يوسف في إباء الزوج من أفراد الفسخ التي تتوقف على القضاء إذا كان الإباء حصل في دار الإسلام ، خلافاً لأبي حنيفة ومحمد . كذلك يعتبر أبو يوسف اسلام أحد الزوجين في دار الحرب ، فسخاً لا طلاقاً، وتم الفرقة بهذا السبب لا يقع حالا كما في الرده ، بل تتوقف إلى إنتهاء ما يماثل مدة العدة

٣-الفرقه بسبب عدم الكفاءة أو نقصان المهر عن مهر المثل.

هذا والفرق التى تعتبر فسخاً للعقد لا يلزمها أن تكون الحرمة الثابتة بها على سبيل التأبيد ، بل بعضها يوجب الحرمة المؤبدة ، كالفرقة بسبب إتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه إتصالا يوجب حرمة المصاهرة، وكالفرقة بسبب اللعان على رأي أبي يوسف ، وبعضها يوجب الحرمة المؤقتة كالفرقة بسبب خيار البلوغ أو عدم الكفاءة أو نقصان المهر والفرقة بسبب اللعان على رأي أبى حنيفة ومحمد، والفرقة بسبب ردة أحد الزوجين .

أثر توقف الفرقة على القضاء من عدمه ، وكونها بسبب من الزوج أو الزوجة :

يظهر أثر توقف الفرقة على القضاء وعدم توقفها عليه فى أن الفرقة التى تتوقف على قضاء القاضى ، تبقى بعض آثارها حتى يحكم القاضى بها ، فمثلا إذا وجد سبب الفرقة ثم مات أحد الزوجين قبل القضاء بالفرقة وكانت تتوقف على القضاء فإن الآخر يرثه لبقاء الزوجيه التى هى سبب الأرث بين الزوجين ما لم يكن هناك مانع من موانع الأرث كاختلاف الدين مثلا.

أما فيما لا يحتاج إلى القضاء ، فإن الآخر لا يرثه لانتهاء الزوجية بمجرد وجود سبب الفرقة من غير توقف على القضاء ، إلا إذا أعتبر الزوج فارا من إرث صاحبه أو كان الطلاق رجعياً ومات أحدهما فى أثناء العدة[1].

كذلك يختلف الحكم باختلاف من يكون السبب فى الفرقة من الزوجين، فإذا كان سببها الزوج وقلنا أنها فرقة بطلاق، وكانت قبل الدخول بها وقبل الخلوة، فلها نصف المهر المسمى ، وإن لم تكن تسمية للمهر فلها المتعة، وبعد الدخول يجب كل المهر والنفقة .

---

(١) يراعى أن المطلقة رجعياً وما زالت فى العدة هى زوجة حكماً فلا يسرى عليها هذا الحكم .

أما إن كانت الفرقة بسبب من الزوجة فإن كانت قبل الدخـول والخلـوة ، فلا نفقة لها ولا مهر(١).

هذا ما ذهب إليه الحنفية .

(١) انظـر فيمـا تقـدم جميعـاً ، الفتـح والعنايـة علـى الهدايـة جـ٣ صـ٢٦٥، رد المختـار جـ٢ صـ١٣٥،١٣٦،٤٨٦،٦٠٤،٦٠٥، بدائع الصنائع جـ٢ صـ٢٣٦ وما بعدها ، البحر الرائق جـ٣،صـ٢٠٧، وما بعدها ، مجمع الأنهر جـ١ صـ٣٧١ .

الطـلاق

تعـريـف الطلاق:

الطلاق فى إصطلاح الفقهاء : هو رفع قيد النكاح فى الحال أو المآل ، بلفظ مخصوص سواء كان هذا اللفظ المخصوص ، منطوقا أم مكتوبا أو مشارا به(١).

ورفع قيد النكاح بالطلاق فى الحال ،يكون بالطلاق البائن(٢)أما رفع قيده فى المآل ، فيكون بالطلاق الرجعى ،فمن طلق زوجته طلاقا رجعيا،فلا يرتفع الزواج فى الحال ، بل بعد انقضاء العدة، ولذا يجوز للزوج أن يراجعها مادامت فى العدة بدون عقد ومهر جديدين ، وبدون إذنها و رضاها ، فإن انقضت العدة التحق الرجعى بالبائن فى الحكم،فإذا أراد إرجاعها فلابد من رضاها و عقد و مهر جديدين ، إلا إذا كان الطلاق مكملا للثلاث فإنها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره.

و اللفظ المخصوص الذى يقع به الطلاق،قد يكون صريحا لا يحتاج إلى نية،كانت طالق، و قد يكون كناية يحتاج إلى النية كانت بائن.

---

(١) اما تعريف الطلاق لغة : فهو رفع القيد مطلقاً ، أى سواء أكان القيد حسيا أم معنوياً ، كما يقال فى اللغة : طلقت المرأة ، أى رفعت قيد الزواج المعنوى عنها ، يقال أيضاً : طلقت الاسير من قيده والصيد من قفصه ، وكما يقال : اطلقت الاسير من قيده واطلقت العصفور من قفصه يقال اطلقت المرأة ، أى رفعت عنها قيد النكاح ، غير أن العرف خصص استعمال لفظ الطلاق على حل القيد المعنوى، وهو الزواج ، وقصر لفظ الاطلاق على رفع القيد الحسى ، فيقال عرفا : طلق فلان أمرأته ولا يقال اطلقها . ولهذا كان الطلاق من الالفاظ الصريحة التى يقع بها الطلاق على المرأة من غير توقف على النية ، بخلاف الاطلاق فإنها من الكنايات التى لا يقع الطلاق بها على المرأة إلا بالنية .

(٢) وهو اما أن يزيل الملك والحل معا وذلك إذا كان مكملا للثلاث ، فقد يزيل الحل فقط . كما فى البائن بينونة صغرى

وقد يكون صدور اللفظ من الزوج . وقد يكون من القاضى كقوله فرقت بينكما عند إباء الزوج الإسلام • وكما فى العنة واللعان . وقد يكون من الزوجة إذا كان الزوج قد أنابها أو فوضها

أما تفريق القاضى بسبب إباء الزوجة وردة أحد الزوجين وخيار البلوغ وعدم الكفاءة ونقصان المهر ، فإنه وإن كان يحل رابطة الزوجية فى الحال . إلا أنه ليس طلاقا • بل هو فسخ ، لأنه ليس بذلك اللفظ المخصوص •

حكمة مشروعية الطلاق :

الزواج رابطة بين الرجل والمرأة شرعه الله لمقاصد سامية وأغراض نبيلة أهمها تكوين الأسر والجماعات على وجه يكفل سعادتها ويحقق هناءتها . وأن يكون عونا على إجتياز مراحل الحياة الشاقة وإحتمال أعبائها المضنية . باختيار شريكة يسكن إليها الرجل وتسكن إليه، ويرى أحدهما فى صاحبه مثال الرحمة والمودة وراحة القلب واطمئنان البال •فشرعه نعمة من الله تستوجب الشكر برعايتها والمحافظة عليها للانتفاع بثمراتها •

ولكن هذه الرابطة قد تعتريها حالات لاتتوافر معها المحبة بين الزوجين ، ولايستقيم فيها معنى التعاون على شئون الحياة والقيام بما أمر الله . فتنقلب بسببها الحياة الزوجية رأسا على عقب. فقد يصل الشقاق والخلاف بين الزوجين إلى حد يستحيل عنده الصلح وتصبح معه الحياة الزوجية جحيما لايطاق بعد أن كانت سكنا وراحة وشرا، بعد أن كانت خيرا ونعمة ، الأمر الذى يهدد أفراد الأسرة جميعا بأسوا النتائج فى مختلف فروع حياتهم المادية والمعنوية والخلقية • وقد تتنافر طباع الزوجين كل التنافر . أو يلقى فى نفس أحدهما أو كليهما كراهية شديدة للآخر وتعجز جميع الوسائل الإنسانية عن علاج هذه الحال • لأن القلوب بيد الله ولاسلطان لأحد على كثير من شئونها .

وقد تفسد أخلاق أحد الزوجين ، فلا يرعى لعقد الزواج عهدا ولا حرمة ويندفع فى تيار الفسق والفجور ، ويصبح فضيحة الفضائح لكل من ينتمى إليه ، وتعجز جميع وسائل التقويم عن إصلاحه ورده إلى الطريق المستقيم •

وقد يصاب أحدهما بمرض لايستطاع معه دوام العشرة ، وقد يفقد مقومات جنسه ، وقد يكون عقيما لايلد ، وقد يغيب غيبة طويلة ولايعرف أحي هو أم ميت، وقد يحكم عليه بالسجن المؤقت أو المؤبد ، وقد يعسر فلا يستطيع الانفاق على الزوجة وتصبح الزوجة بذلك معرضة إذا بقيت على ذمته ، لأن تموت جوعا أو تأكل بثدييها ، إلى غير ذلك من الاسباب التى لاتتوافر فيها المحبة بين الزوجين ، ولاتستقيم معها مصالح الأسرة وحسن العشرة وجميل المحبة •

لهذا كان لابد من إيجار باب للخلاص من هذه الحياة التى أصبحت لاتحقق المقصود منها ، والتى لو ألزم الزوجان بالبقاء فيها على مابينهما من بغض وكراهة • لأصبحت رابطة الزوجية صورة من غير روح ، وقيدا من غير رحمة لاتثمر ثمراتها ولاتحقق ما أريد منها ، ولايكون بها إعفاف ولا شرف ولاتعاون ولاصيانة ويكون الابقاء عليها وسد الأبواب دون التخلص منها من أعظم الظلم وأشد أنواع القسوة ، وعاملا من عوامل الزيغ والميل إلى المخادنات البغيضة •

ولما كان الإسلام دينا عاما وواقعيا يعمل حسابا لكل الظروف والاحتمالات التى يتعرض لها بنو الانسان من الأفراد والأسرات والمجتمعات ، حريصا على وقاية الفرع والأسرة والمجتمع من كل مايؤدى إلى العنت والحرج أو الضرر والإضرار، لم ينظر إلى عقد الزواج مع شدة تقديسه له ورفعه من شأنه على أنه عقد أبدى لايمكن فصمه ، بل شرع الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتباغضان المتنافران • من قيد تلك الرابطة، فيلتمس كلاهما من هو خير له وأحسن معاملة وأكرم عشرة : ﴿ وان يتفرقا يغن ا لله كلا من سعته ، وكان ا لله واسعا حكيما ﴾[1].

---

(1) آية ١٣٠ سورة النساء .

حقا إن الطلاق قد يترتب عليه بعض الأضرار التى تصيب الأسرة خصوصا الأطفال الذين لا ذنب لهم • إلا أن هذا لايعد سببا خطيرا بجانب الضرر الاكبر الذى تصاب به الأسرة والمجتمع كله ، إذا أبقيتنا على الزوجية المضطربة والحياة الشاذة التى يحياها الزوجان المتباغضان ، لذلك آثر الإسلام إرتكاب أخف الضررين وأهون الشرين • فكان أن شرع الطلاق مع تشريع الأحكام الكفيلة بالمحافظة على مايكون بينهما من الأولاد حتى لايقع عليهم ضرر بسبب هذا الطلاق •

القيود التى أوردها الإسلام على الطلاق :

إذا كان الإسلام قد أباح الطلاق ، فإنه من ناحية أخرى قد نفر منه ووضع عليه من القيود مايكفل عدم إيقاعه إلا عند تفاقم الأمر واشتداد الخلاف ، وحين لايجدى علاج سواه . فبالنسبة إلى تنفير الناس منه ، فإن الإسلام بغض الناس فى الطلاق وصوره فى أبشع صوره ، وحث المسلمين على اتقائه ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا ، يقول ﷺ: ﴿ أبغض الحلال إلى ا لله الطلاق ﴾ ، ويقول : ﴿ تزوجوا ولاتطلقوا فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمن ﴾ • ﴿ وأيما امرأة سألت زوجها الطلاق فى غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة ﴾ •

وأما بالنسبة إلى القيود التى وضعها الإسلام لتحاشى وقوع الطلاق فتتمثل فى توجيهات وإرشادات بالنسبة لكل من الزوجين ، وفيما يترتب على وقوع الطلاق من المغارم الاجتماعية والمالية التى يقع عبؤها على الزوج وحده • فأما الإرشادات :

فأولا : أمر ا لله تعالى الأزواج بالصبر والتحمل والإبقاء على الحياة الزوجية رغم ما قد يكون فى الزوجات من الصفات التى يكرهونها ، مادامت لاتمس الشرف والدين ، لأن الكراهية ربما تكون ناشئة عن سبب قد يكون الزوج فيه هو المخطئ فالعواطف متقلبه متغيرة ، ولايصح أن تبنى عليها أمور خطيرة تتعلق بكيان الأسرة، وبغيض الإنسان اليوم قد يصبح حبيبه يوما ما والزوج إن كره من امرأته

خلقا فقد يكون فيها خلق آخر يرضيه ، وفي هـذا يقول الله تعـالى : " وعاشـرهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثير "[1] .

وثانيا : أرشد الزوجـة إذا رأت فـي زوجهـا نشـوزا أو جفـاء أو فتـور فـي العلاقة الزوجية وما تقتضيه من راحـة واطمئنـان أن تعمـل علـى كسـب قلبـه بمـا تستطيعه من وسائل الترضية المشروعة التي لاتمس خلقا ولا دينا ، وأن تتنـازل فـي سبيل ذلك عما جرت عادة الزوجات بالتمسك به من الرغبات وأن تحسن بقـدر مـا تستطيع معاملتها له وكم من كلمة طيبة أو اشراقة في وجـه أو ابتسـامة فـي مقابلـة أوعدول عن رغبة ، يكون لها الأثر الحسن في عودة النفوس إلى صفائها والقلوب إلى تلاقيها وفي هذا يقول الله تعالى : ﴿ وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا ، والصلح خير ﴾[2] .

ولم يقف الإسلام عند هذا الحد ، بل أوجب على الزوجين وعلى كـل مـن يهمه أمرهما ، إذا لم يسـتطيعا أن يصلحـا مابينهمـا بنفسـيهما ، وأن يتغلبا علـى مشاكلهما ، أن يعرضا أمرهما على مجلس عائلي يتـألف مـن حكمـين ، حكـم مـن أهل المرأة وحكم من أهل الرجل ، ليبحثا أسباب الشقاق ويعملا علـى القضـاء علـى أسبابه، وفي هذا يقول الله تعالى : ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمـا مـن أهله وحكما من أهلها ، إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهمـا، إن الله كـان عليمـا خبيرا ﴾[3]

فإذا لم يستطع مجلس التحكيم أن يوفق بين الزوجين ، ولم تجد الوسـائل السابقة جميعا ، كان ذلك دليل على قيام حالة خطيرة تهدد إستقرار الأسرة وعلى أن الحياة الزوجية قد فقدت أهم مقوماتها ، وحينئذ يجـيز الإسـلام لـلزوج الطـلاق لمصلحة الأسرة نفسها ، ولتحقيـق الصـالح العـام وهـذا يـدل علـى أن الطـلاق فـي

---

(1) آية ١٩ سورة النساء .

(2) آية ١٢٨ سورة النساء .

(3) آية ٣٥ سورة النساء .

الإسلام تشريع إستثنائي لايباح إلا عند الضرورة القصوى . وما مثل الطلاق في الإسلام إلا كمثل مشرط الجراحة في يد الجراح ، إن أحسن إستخدامه آتاه بأطيب الثمرات . وإن أساءه أتاه بأسوا النتائج .

ومن أجل ذلك يعتبر الذين يتسرعون في طلاق زوجاتهم لمجرد شهوة طائشة ، أو غضبة حمقاء ، بعيدين عن الإسلام وتعاليمه ولايحكم على الإسلام بتصرفاتهم وأفعالهم ، لأن العيب فيهم وفي تصرفهم لافي الإسلام ونظامه .

وأما بالنسبة لما يترتب على وقع الطلاق من المغارم المالية والاجتماعيه التي تقع على عاتق الزوج وحده ، فقد قرر الإسلام أنه يجب على الزوج إذا طلق زوجته أن يوفيها مؤخر صداقها وأن يمتعها بحسب قدرته ويساره[1]، ويجب عليه أن يقوم بالانفاق عليها من مأكل ومشرب وملبس ومسكن مادامت في العدة . وتكون حضانة أولادها الصغار لها ولقريباتها من بعدها حتى يكبروا وعلى المطلق نفقة هؤلاء الأولاد وأجور حضانتهم ورضاعتهم ، حتى لو كانت الأم نفسها هي التي تقوم بذلك ولو كانت موسرة .

وفضلا عن ذلك فإن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ قد أعطى للمطلقة الحاضنة ، حق الانفراد والاستقلال مع صغيرها بمكسن الزوجية المؤجر مالم يهيئ المطلق لها مسكنا مناسبا ، ويستمر هذا الاستقلال حتى تنتهى مدة الحضانة أوتتزوج المطلقة .

ومما لاشك فيه أن من شأن هذه النتائج والأعباء أن تحمل الزوج على ضبط النفس وتدبر الأمر قبل الإقدام على الطلاق . ونشير أخيرا إلى أن الإحسان في المعاملة وفاقا وافتراقا هو القاعدة التي تسود علاقة الزوجية . وذلك هو العهد الوثيق

---

(١) سبق الكلام عن المتعة في أحكام الزواج وهي طبقا للقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ اصبحت مقدرا بنفقة سنتين على الاقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية وشرطها ان تكون الزوجة مدخولا بها والطلاق بغير رضاها .

الذى أخذه الله على الرجال لمصلحة النساء بقوله : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح باحسان﴾[١].

الحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج دون الزوجة :

الأصل فى الطلاق أنه حق للرجل يمارسه على الوجه الذى شرعه الله ، وليس حقا للمرأة ، وذلك لأن فصم عرى الزوجية يترتب عليه أمور خطيرة بعيدة المدى فى حياة الأسرة والمجتمع ، فلو كان الطلاق حقا للمرأة لأدى ذلك إلى فصم عرى الزوجية لاتفه الأسباب ،

إذ مما لاجدال فيه أن المرأة بحكم وظيفتها فى الحياة الاجتماعيه خلقت على طباع وغرائز تجعلها أشد تأثرا وأسرع انقيادا لحكم العاطفة من الرجل ، ولهذا كانت أصلح من الرجل فى جميع المواطن التى تعتمد على قوة العاطفة كتربية الأولاد - وتمريضهم وحضانتهم وما أشبه ذلك ،

وهذه العاطفة محمودة منها فى مثل هذه المواطن ، لأنها داعية العطف والحنان والشفقة ، لكن هذه العاطفة فى مواطن أخرى تجر إلى كثير من الضرر والشر واضطراب الأمر ، فالمرأة فى مواطن الغضب ، ولأقل أسبابه التى لاتخلو منها المعاشرة الزوجية يشتد إنفعالها ويحتد مزاجها ، وتندفع مع العاطفة لاتتردد فى هذا الاندفاع ولاتبالى بما يكون وراءه من نتائج ضارة أو نافعة ، حسنة أو سيئة، بل ترى الحسن كله والنفع جميعه فى أن تجيب داعى تلك العاطفة وتحقق مطالبها العاجلة ،

والمرأة فى مواطن الرغبة وحيث ترى أو تتخيل بارقة أمل فى حياة أسعد من حياة زوجيتها الحاضرة ، تتأثر بالعاطفة تأثرا قويا، لايقل فى قوته عن تأثرها فى مواطن الغضب فلو جعل الطلاق بيدها لتصرفت به على مايرضى تلك العاطفة، مما تظن فيه سعادتها ، الأمر الذى يترتب عليه أن تصبح الأسرة مهددة بالانهيار

---

(١) آية ٢١ سورة النساء .

لأقل غضبة وأوهى إنفعال • فلذلك كان الطلاق من حق الزوج لأنه أكثر إدراكا وتقديرا لعواقب الأمور • وأبعد عن النزوات فى إنهاء عقد الزواج ، لايقدم عليه إلا بعد أن يزنه بميزان العقل المحض غير متأثر برغبة عارضة أو غضبة ثائرة لأنه يدرك تماما ماسوف يرتبه الطلاق عليه من تبعات مالية وإجتماعيه.

على أن هذا لايعنى أن الرجل مجرد من العاطفة • أو معصوم من التأثر بنزعاتها المختلفه ، فإن التأثر بالعاطفة من مميزات الإنسانية ، بل قد يكون فى الرجال من هو أسرع انفعالا وأشد تأثرا بها من بعض النساء • كما أن من النساء من هن ذوات عقل وقدرة على الصبر وضبط النفس حين الغضب أكثر من بعض الرجال.

ولكن هذا ليس هو الشأن وليس هو الكثير الغالب ، والتشريع إنما يبنى على الغالب والكثير وما هو الشأن فى الرجال والنساء ولايبنى على الآحاد والجزئيات • لذلك اقتضت الحكمة الالهية أن تمنح الرجال حق الطلاق بالقيود التى ذكرناها والتى ستأتى وهى قيود تكفل عدم إستخدامه له إلا حيث يقتضى ذلك صالح الأسرة والصالح العام ، وحين لايجدى علاج سواه ، وتكفل عدم الاضرار بالأسرة •

على أن الإسلام لم يهمل جانب المرأة وحقها فى الطلاق • فقد لها الحق فى الطلاق بواسطة القضاء ، فلها أن ترفع دعوى أمام القضاء – طالبة فيها من زوجها إذا كان هناك سبب شرعى ، كإعساره بنفقتها وغيابه عنها مدة سنة أو أكثر وكايذائه لها بما لايستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما وأوجب على القاضى أن يجيبها إلى طلبها ويفرق بينها وبين زوجها حتى تحقق من صحة دعواها •

كذلك يكون للمرأة حق الطلاق • وذلك إذا كانت قد إشترطت فى عقد الزواج أن تكون عصمتها بيدها ، أى أن تملك حق الطلاق وقبل زوجها ذلك •

ففى هذه الحال ، للمرأة ان تستبد بحق الطلاق وتطلق زوجها ، رضى أم لم يرض.

وهناك طلاق يقع أيضا عن تراض من الرجل والمرأة كليهما ويتم فى الغالب عن طريق تنازل المرأة عن جميع مالها عند زوجها أو عن بعضه ، أو عن طريق إعطائه شيئا من المال يتراضيان عليه ويسمى هذا بالخلع • ويحدث عندما ترى

الزوجة تعذر الحياة الزوجية ، وتخاف إن أقامت مع زوجها على هذه الحال ألاتتمكن من إقامة حدود الله ، وإلى هذا النوع يشير القرآن الكريم إذ يقول : ﴿ ولايحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ﴾(١) .

وضع الطلاق بيد القضاء:

أوضحت فيما سبق حكمة الإسلام من جعل الطلاق بيد الزوج ، غير أنه ظهر في المجتمعات الإسلامية منذ عهد غير قريب بعض من كتاب ينادون أن يكون الطلاق كله وقفا على القضاء ، فلا يملك الزوج أن يطلق زوجته ولو تراضيا عليه إلا بدعوى قضائية تقتنع فيها المحكمة بوجاهة الأسباب الداعية إليه .

وفي ذلك كما يزعمون قضاء على التفرقة بين عنصري الزواج وتحقيق مبدأ المساواة بينهما في هذا الشأن وذلك في نظرهم يؤدي إلى استقرار الحياة الأسرية وعدم إساءة الأزواج استعمال هذا الحق .

ذلك هو قولهم وأنه لمن الضحالة بحيث لايلبث أن ينهار أمام أول نظرة لحكمة الله البالغة في جعل الطلاق بيد الزوج إلا إذا فوت على نفسه الإمساك بالمعروف وامتنع عن التسريح بالإحسان فحينئذ ينوب القاضي منابه في طلاق زوجته دفعا لظلمه ورفعا للضرر عن زوجته .

أن القول بجعل أمر الطلاق كله بيد القضاء فضلا عن أنه مخالفة صريحة لنصوص القرآن الكريم ، والسنة النبويه وإجماع الصحابة ، فإنه لامصلحة فيه ، بل إنه مفسدة ومضرة، أما أنه مخالفة لنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية ، فلأن الله تعالى يقول : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ﴾ . ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن ﴾ ، ﴿ لاجناح عليكم إن

---

(١) آية ٢٢٩ سورة البقرة .

طلقتم النساء ﴾ " ولاخلاف أن المخاطبين هم الأزواج وقد ثبت عن الرسول ﷺ قوله : ﴿ الطلاق لمن أخذ بالساق ﴾ يعنى الزوج إلى غير ذلك من النصوص التى تدل دلالة واضحة وقاطعة، على أن الطلاق بيد الزوج وليس بيد غيره . وقد أخرج الدار قطني والبيهقي والإمام أحمد عن ابن مسعود وابن عباس والإمام علي رضى الله عنهم " الطلاق بالرجال والعدة بالنساء " . ولم يخالف فى ذلك أحد من الصحابة . فكان اجماعا منهم على أن الطلاق بيد الرجل.[1]

وأما أنه مفسدة ومضرة فلأن الطلاق ينبنى ، إما على أسباب ومسائل نفسية تفوت معها المحبة وتتبدد بسببها المودة ، وهذه الأسباب لايمكن أن تقوم عليها بينات ولايتصور أن يتناولها الحس أو يستدل عليها بالإمارات . فلو كان الطلاق بيد القاضى . وتقدم الزوج طالبا الطلاق لأن زواجه فقد أهم خصائصه من المودة والمحبة والسكن النفسى رغم محاولات الإصلاح المتكررة من جانبه . ولاسبيل لإثبات دعواه ، فهل يستجيب القاضى لطلبه ؟ الغالب انه لايستجيب ، وفى ذلك إرغام الزوج على الاستمرار فى معيشة مشتركه ودوام صحبة لاتحقق المثل الأعلى الذى أقامه لنفسه ، ومثل هذا الإرغام يخرج الزواج عما شرع له ويجعله علاقة مفروضة على إرادته وليست على رغبته ، وفى ذلك من المضار والمفاسد الاجتماعيه مالايخفى ، فلا مودة ولا حسن معاشرة ولاحسن صحبة ، ولا عصمة بل نزاع مستمر قد ينتهى بهما وبأولادهما إلى الانحرافات الاجتماعية والخلقية . التى تعود على الجميع بالفساد . ومثل هذه الحالة تأباها كرامة الزوجية بلا شك .

وإما أن يبنى على أسباب أخرى غير الحب والكراهية لايصح إعلانها حفاظا على كرامة الأسرة وسمعة أفراد ها ومستقبل بناتها وبنيها ، فلو فرض على الناس ألا يطلقوا إلا بعد إعلان هذه الأسباب واثباتها بالأدلة القاطعه ، لنال الناس حرجا شديدا . لأنهم إما ان يؤثروا عدم كشف خبايا الأسرة وعدم فضيحة أنفسهم وزوجاتهم وأولادهم بإعلان أسباب الطلاق ونشرها أمام القضاء وتدوينها فى

---

[1] انظر : نيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ٢٦٩ .

سجلات المحاكم فيبقوا بذلك على أوضاع تأباها الكرامة ويأباها الخلق الفاضل وتأباها مصلحة الأسرة نفسها.

وإما أن يؤثروا إعلانها فيسجلوا بذلك عارا أبديا على أنفسهم وأولادهم ، ومن أدب الإسلام أن نحفظ على الناس أسرارهم ونرعى حرمتهم ولا نهتك أستارهم

إن كون الطلاق بيد الزوج مع ما يفترضه من التزامات . تكويم لجانب المرأة وحفاظ على كرامة الأسرة . وصيانة لأسرارها أن تذاع . وسد لأبواب الذرائع أمام تبادل التهم واختلاق الاسباب والصاقها بالطرف الآخر لتتم له رغبته .

الوصف الشرعي للطلاق :

قلنا ان الذ جميعا على أن الطلاق بيد الرجل حقا له وأن للمرأة أن تلجأ للقضاء ليفرق بينها وبين زوجها إذا وقع عليها ضرر . ونضيف هنا أنهم قد اختلفوا فى إباحة إيقاع الطلاق من الرجل أيكون مقيدا بالحاجة الداعية إليه ، أم أنه مباح له مطلقا ولو بغير سبب ، وبعبارة أخرى هل الأصل فى الطلاق الحظر أوالإباحة اختلفوا على قولين :

القول الأول : أن إيقاع الطلاق مباح مطلقا ، فيباح للرجل شرعا أن يطلق زوجته سواء وجدت حاجة إلى الطلاق أو لم توجد، بل مجرد طلب الخلاص منها.

القول الثاني : أن ايقاع الطلاق مقيد بالحاجة الداعية إليه فإذا لم تكن ثمة حاجة يكون محظورا لايحل له ايقاعه ، فإن طلق من غير سبب وقع طلاقه قضاء . وكان آثما مؤخذا عليه عند الله تعالى ديانة .

استدل اصحاب القول الأول ، على أن الطلاق مباح مطلقا ، بالكتاب وبالسنة . أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أوتفرضوا لهن فريضة﴾[1] .

---

(1) آية ٢٣٦ سورة البقرة .

وجد الدلالة : أن الله تعالى رفع فى هذه الآية ، الجناح أى المؤاخذه والإثم على المطلق مطلقا أى سواء وجدت حاجة أو لم توجد فدل ذلك على أن الطلاق ليس مقيدا بالسبب والحاجة •

وأما السنة فقوله ﷺ: ﴿أبغض الحلال عند الله عز وجل الطلاق﴾[1] ، وفى رواية أخرى :﴿ أبغض المباحات عند الله الطلاق ﴾ ، فهذا الحديث نص على أن الطلاق مباح مطلقا، ووصفه بالبغض لايستلزم أن يكون مكروها شرعا إذ وصفه بالإباحة يمنع أن يكون مكروها • وغايته أنه مع كونه مباحا ، مبغوض إلى الله تعالى • لأنه ليس كل حلال محبوبا بل ينقسم إلى ما هو محبوب وإلى ماهو مبغوض ، وإن أبغض المبغوض من المباح هو الطلاق ، فيكون مجازا عن كونه لاثواب فيه ولاقربة على فعله •

وقد طلق رسول الله ﷺ حفصة رضى الله عنها وهو لايفعل إلا ماكان جائزا من غير كراهية ، وكذا الصحابة فقد طلق عمر أم عاصم ، وعبد الرحمن بن عوف تماضر ، والمغيرة بن شعبة زوجاته وكان الحسن بن على يكثر منه وغيرهم كثير ، فلو كان الطلاق محظورا إلا بسبب لما أقدموا عليه •

واستدل أصحاب القول الثانى على أن الطلاق محظور إلا لعارض يبيحه بالكتاب والسنة والمعقول •

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ فإن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾[2]، فإن معناه أن الزوجة إذا تركت النشوز ، وأطاعت زوجها. فإن طلاقها بعد ذلك يكون اعتداء عليها وظلما لها وأيذاء لأهلها وأولادها وذلك لايجوز • لعدم وجود سبب •

---

(١) رواه أبو داود عن ابن عمر رضى الله عنهما • انظر نيل الأوطار جـ٦ ـ صـ٢٤٧ .

(٢) آية ٣٤ سورة النساء ، انظر أحكام القرآن للقرطبى جـ٥ صـ١٧٣ .

وأما السنة – قوله ﷺ : ﴿ لاتطلق النساء إلا من ريبة ﴾ . وقوله ﷺ ﴿ لعن الله كل ذواق مطلاق ﴾[1]، وقوله ﷺ : ﴿ أيما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين﴾ فهذه الأحاديث قد أفادت أن الطلاق لا يكون مباحاً عند المؤاخذة إلا بسبب يستدعيه، لأن اللعن معناه الطرد من الرحمة.

أما المعقول . فإن الطلاق بلا سبب يكون حمقا وسفاهة رأى، ومجرد كفران بنعمة الله . وقطع للنكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية ، وسوء أدب ، فيكون مكروه وتتمثل الحاجة التى تبيح الطلاق . فى أن يرتاب الزوج فى سلوك زوجته، أو عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى . أو كونها سيئة الاخلاق ، سليطة اللسان ، كما تتمثل فى الزوج إذا عجز عن إمساك زوجته بمعروف .

ومن الحاجة المبيحة للطلاق كما يقول صاحب الفتح أن يلقى إليه عدم اشتهائها بحيث يعجز أو يتضرر بإكراهه نفسه على الاتصال بها ، فهذا إذا وقع . فإن كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت باقامتها فى عصمته بلا قسم، فيكره طلاقه (كما كان من الرسول ﷺ وسودة) ، وإن لم يكن قادرا على أن يتزوج بأخرى أو لم تترك حقها ، فهو مباح ، لأن مقلب القلوب رب العالمين .

وما استدل به القائلون على أن الأصل فى الطلاق الإباحة فلا يصلح دليلا لأن قوله تعالى : ﴿ لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ . وارد فى المطلقات قبل الدخول وقبل تسمية المهر ، فكان نفى الإثم والمؤاخذة فيه منصب على الطلاق قبل الدخول وتسمية المهر ، فيكون مدلول الاية ، إن عدم الدخول وعدم التسميه لايمنع من صحة إيقاع الطلاق . أما رفع الاثم عن المطلق إذا اقدم على الطلاق من غير سبب يدعو إليه ، فهذا مالم تدل عليه الآية

---

(١) محل لعن الله المطلاق هو إذا كان الطلاق بغير الحاجة ويوضح هذا المعنى قوله ﷺ : " ايما امرأة اختلفت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين

وقولة ﷺ ﴿ أبغض المباحات عند ا لله الطلاق ﴾، يحمل لفظ المباح فيه على ما أبيح فى أوقات تحقق الحاجة ، يستوى أن تكون هذه الحاجة واقعة مادية أوحاجة نفسية لا تقع تحت سلطان القضاء . وأما طلاق النبى ﷺ وأصحابه فإنه لايمكن حمله على أنه بلا سبب بأن يكون عبثا ولغوا، بل لابد من سبب معتبر شرعا يقول ابن عابدين : إذا وجدت الحاجة أبيح الطلاق وعليها يحمل ما وقع منه ﷺ ومن صحبه وغيرهم من الائمة صونا لهم عن العبث والايذاء بلا سبب، هذه هى أقوال الفقهاء فى حكم الطلاق ، من حيث اعتماده على سبب وعدم اعتماده على السبب ، ومنها يتبين أن أرجحها هو القول : بأن الطلاق محظور إلا إذا كانت تدعو إليه حاجة ، لأنه الذى يتفق مع الحكمة الإلهية من شرع الزواج .

الطلاق السنى والطلاق البدعى

قلنا أن إيقاع الطلاق محظور، إلا إذا كانت تدعو إليه الحاجة فإنه حينئذ يكون مباحاً لا مؤاخذة عليه. غير أن هذه الحاجة بذاتها لا تجعل الطلاق مباحاً من كل وجه لا مؤاخذة عليه ولا إثم على فعله، لأن الشارع قيد الإيقاع بعد وجود الحاجة بعدة قيود إذا توافرت كان إيقاعه مباحاً من كل وجه، وإن فقدت كلا أوبعضاً كان محظوراً يأثم فاعله ولو كان سببه قائماً.

وهذه القيود منها ما يعود إلى وقت إيقاع الطلاق، ومنها ما يعود إلى عدده، ومنها ما يعود إلى صفته، ويعبر الفقهاء عن ذلك جميعاً بالطلاق السنى والطلاق البدعى، وفقهاء الحنفية يقسمون الطلاق تبعاً لهذه القيود إلى ثلاثة أوجه، حسن وأحسن وبدعى[1].

---

(١) نظر فى صفة الطلاق : رد المختار ج٢ ص٤٢٦،٤٢٧، البحر الرائق ج٣ ص٢٣٦،٢٣٧، الفتح على هداية، ج٣ ص٢٢، سبل السلام ج٣، ص١٦٨ ، نيل الأوطار ج٦، ص٢٤٧،٢٤٨ .

طلاق السنة[١]:

يقصد بطلاق السنة: الطلاق الذى وافق ايقاعه أمر الله تعالى وأمر رسوله ﷺ. وينقسم إلى قسمين : حسن وأحسن :

فالأحسن أن يطلق الرجل إمرأته التى دخل بها[٢] طلقة واحدة رجعية، فى طهر لم يتصل بها فيه ثم يتركها حتى تنقضى عدتها[٣].

لما روى أن الصحابة ﷺ كانوا يستحبون إلا يزيدوا فى الطلاق على واحدة رجعية حتى تنقضى العدة .

ولأن إيقاع الطلاق على هذا الوجه، فضلاً عن أن الغرض يتحقق به، وهو حصول الطلاق، أبعد عن ندم الزوج حيث أبقى لنفسه فرصة العودة إليها فى العدة أو بعدها دون تخلل زوج آخر. ولم يقل أحد من الفقهاء أنه مكروه إذا كان لحاجة.

الطلاق الحسن: هو القسم الثانى من طلاق السنة، أن يطلق المدخول بها، ثلاث طلقات فى ثلاثة أطهار، أو فى ثلاثة أشهر إذا كانت لا تحيض بسبب سن أو حمل لأن الأشهر قائمة مقام الحيض دون أن يراجعها فيما بين ذلك.

لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه طلق امرأته وهى حائض فى عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك فقال : مرة فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق بعد أن

---

(١) معنى السنة هنا ما ثبت على وجه لا يستوجب عقاباً لا أنه المستعقب للثواب، لأن الطلاق ليس عبادة فى نفسه ليثبت له الثواب، إلا إذا أوقعت له داعية أن يطلقها بدعاً فمنع نفسه إلى وقعت السنى، فيثاب على كف نفسه عن المعصية بعد تهيئ أسبابها لا على نفس الطلاق - انظر رد المختار ج٢ ص٤٢٩

(٢) فى حكم المدخول بها المختلى بها خلوة شرعية صحيحة

(٣) فإن كانت حاملاً ، لا تحيض بسبب سنها فإن طلاقها يكون للسنة ولو عقب الإتصال لأن الكراهة فى ذوات الحيض لتوهم الحبل وهو مفقود هنا. انظر مجمع الأنهر ص٣٨٢ ص١

يمس فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء . وفى رواية لمسلم : مره فليراجعها ثم يطلقها طاهراً أو حاملاً (١).

ولأن الطلاق مباح إذا كان لحاجة وهذه الحاجة قد تستوجب لشدتها ترك هذه الزوجة بصفة نهائية على وجه لا يعقبه الندم وطريق اتباع هذه الحاجة على الوجه المشروع، أن يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه، فإذا لم يستطع تداركها بالرجعة، وإن استطاع طلق أخرى فى الطهر الذى يليه والثالثة فى الطهر الثالث، وبذلك تبين منه، بعد أن يكون قد جرب نفسه وعودها على الإستغناء عنها البتة (٢).

طلاق البدعة (٣):

هو ما خالف فيه المطلق الطريقة التى أمر الله تعالى رسوله باتباعها فى ايقاع الطلاق، وذلك بأن يطلقها بكلمة واحدة أو مفرقة فى طهر واحد أو اثنين كذلك، أو واحدة فى الحيض أو النفاس، أو فى طهر إتصل بها فيه، أو يطلقها طلقة واحدة بائنة.

وإذن فالبدعة فى الطلاق تقع فى الوقت وفى الصفة وفى العدد: فالبدعة من حيث الوقت : أن يطلق زوجته التى دخل بها واحدة فى طهر اتصل بها فيه، أو واحدة فى الحيض أو النفاس .

والبدعة من حيث الصفة : أن يطلقها واحدة بائنة .

---

(١) سبل السلام ج٣ ، ص١٦٩ .

(٢) ذهب الإمام مالك، إلى أن الطلاق على هذا الوجه، طلاق بدعى ولا يكون للسنة إلا واحدة، لأن الأصل فى الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص، وقد اندفعت بالواحدة. الفتح على الهداية ج٣ ص٢٣ ، ويرده الحديث المذكور، فقد أفاد أنه من السنة تطليقها ثلاثاً فى كل طهر طلقة .

(٣) يستعمل لفظ البدعة على ما هو نقص فى الدين أو زيادة عليه لكن قد يكون بعضها غير مكروه فيسمى بدعة مباحة وهو ما شهد لجمعه أصل فى الشرع أو اقتضته مصلحة تندفع بها مفسدة . البحر الرائق، ج٣ ، ص٢٤٠ ، وفى الفقه الشافعى : البدعة الحدث فى الشئ لعدم الاكمال . وابتداع الشئ أحدثه وابتداؤه فهو مبتدع، المهذب ، ج٢، ص٧٩

والبدعة من حيث العدد : أن يطلق المدخول بهـا طلقتين أو ثلاثـاً بكلمـة واحدة أو مفرقة فى طهر واحد ولو لم يتصل بها فيه .

هذا هو تصوير الطلاق البدعى كما يراه المذهب الحنفـى فـى أصح أقوالـه ، وفى بعض ذلك خلاف المذاهب الآخـرى، وفيما يلـى بيـان حكـم الطـلاق البدعـى بجميع أقسامه :

أحكام الطلاق البدعى

أولاً : حكم طلاق البدعة من حيث الوقت :

لا خلاف بين الفقهاء على أن من طلق زوجته التى دخل بها فـى الحيـض أو النفاس، أو طلقها فـى طهـر اتصـل بهـا فيـه، أن يكـون آثمـاً وعاصيـاً لمخالفتـه الطريقة التى أمر الله تعالى ورسوله بها فى إيقاع الطلاق .

ولأن الطـلاق لا يكـون مشـروعاً خاليـاً مـن المؤاخـذة إلا للحاجـة، وهـذه الحاجة خفية لأنها أمر باطن، فأقيم الاقـدام علـى الطـلاق مـع وجـود الرغبـة فـى الزوجة مقامها، والرغبة فى الزوجـة ليـس وقتهـا الطهـر الـذى يتصـل فيـه الـزوج بزوجته، ولا وقت حيضها، لأن الإتصال بها فى الطهر يفتر الرغبـة فيهـا عـادة، وإذا فترت رغبته، فقد يرى تافه الأمر عظيماً فيوقع الطلاق لاتفـه الاسـباب، ممـا يترتب عليه، أن يندم على تسرعه فيما لو ظهر أنها حملت نتيجة لهـذا الإتصـال، وأن تقع المطلقة فى حيرة من أمر عدتها لأنها لا تـدرى أحملـت فتعتـد بـالحمل أم لافتعتد بالاقراء، لذلك لم يكن الطلاق فى الطهـر الـذى باشر فيـه الـزوج زوجتـه، دليلاً علـى تحقـق الحاجـة إلى الطـلاق، ولأن وقـت الحيـض وقـت نفـرة طبيعيـة وشرعية، وقد يكون لهذا النفور الوقتى دخل فـى إيقـاع الطـلاق، ومـن ثـم لم يكـن الطلاق زمان الحيض دليلاً أيضاً على وجود الحاجة الحقيقية الداعيـة إلى الطـلاق،

وفضلاً عن ذلك الطلاق في زمان الحيض يترتب عليه ضرر بالمطلقة بتطويل العدة عليها، لأن الحيضة التي طلقها فيها لا تحتسب من عدتها .

أما إذا كانت الزوجة غير مدخول بها فإن طلاقها يكون للسنة في الطهر، والحيض سواء، لأن غير المدخول بها لا تقل الرغبة فيها بالحيض، حيث الإنسان شديد الرغبة في امرأة لم يدخل بها، فلا يكون إقدامه على طلاقها إلا لحاجة بخلاف المدخول بها، فإن الرغبة تقل فيها بالحيض، فلم يوجد دليل الحاجة إلى طلاقها.

وأيضاً فإن غير المدخول بها لا عدة عليها، لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾[1] . فلم يقع عليها ضرر بتطويل العدة أو الحيرة في أمرها .

وإذا كانت حاملاً، أو لا تأتيها العادة الشهرية، فإن طلاقها للسنة، يحصل ولو كان في الطهر الذى اتصل بها فيه، لأنه لا يترتب على طلاقها ولو عقب الاتصال في الطهر اشتباه في نوع العدة أو تطويل في مدتها، لأن عدة الحامل تنتهي بوضع الحمل وطلاقها وهي حامل دليل على الكراهية، لأن الحمل من شأنه أن يرغب في بقائها لا في طلاقها، ولأن عدة من لا تأتيها العادة الشهرية، تنتهي بمضي ثلاثة أشهر من تاريخ الطلاق[2]، فلا طول في عدتها ولاحيرة من أمرها.

هذا وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على حرمة واثم من طلق في وقت الحيض أو في الطهر المقارن، إلا أنهم قد اختلفوا فيمن فعل ذلك، هل يقع طلاقه ويعتد به أو لا يقع على قولين :

---

(١) آية ٤٩ سورة الأحزاب .

(٢) إذا كان إيقاع الطلاق في أول الشهر وهو أن يقع في أول ليلة روئ فيها الهلال، تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالأهلة كاملة كانت أو ناقصة، وان كان وقع في وسطه تعتبر بالايام عند أبى حنيفة فلا يحكم بانقضاء العدة إلا بتمام تسعين يوماً من الطلاق، وعند أبى يوسف ومحمد ، يكمل الأول بالأخير، والشهران المتوسطات بالأهلة .

القول الأول : أن من طلق وقت الحيض أو في الطهر الذى اتصل بها فيه وقع طلاقه وكان آثماً .

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة(١).

القول الثاني : أن من طلق في وقت الحيض أو في الطهر الذى اتصل فيه لا يقع طلاقه.

ذهب إلى ذلك الجعفرية وبعض الزيدية والإباضية وابن حزم الظاهرى ورجحه ابن تيمية وابن القيم.

استدل جمهور الفقهاء على وقوع الطلاق بالسنة وبالمعقول:

أما السنة فأولاً : بما رواه الجماعة إلا البخارى عن ابن عمر (أنه طلق امرأته وهى حائض فذكر ذلك عمر للنبى ﷺ فقال: مره فليراجعها أو ليطلقها طاهراً أو حاملاً)(٢).

وجه الدلالة : أن قول ابن عمر (أمرنى أن اراجعها ، دليل على وقوع الطلاق لأن الرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق.

أجيب ، بأن الرجعة هنا على معناها اللغوى وهو الرد وعدم الاعتداد ، لأنه لم يثبت أنه ثبت فيها حقيقة شرعية يتعين المصير إليها(٣).

---

(١) سبل السلام ج٣ ص١٧٠ ، الفتح على الهداية ج٣ ص٢٤،٢٥، المغنى لابن قدامة ج٨ ص٢٣٧، نيل الأوطار ج٦ ص٢٥٢ .

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص٢٤٩ .

(٣) نيل الأوطار ج٦ ، ص٢٥٣، لأن الرجعة وقعت في كلام النبى ﷺ على ثلاثة معان أحدهما - بمعنى النكاح قال تعالى فإن طلقها فلا جناح عليهما ان يتراجعا، ولا خلاف من أحد، ان المطلق هنا هو الزوج الثانى، وان التراجع بينهما وبين الزوج الأول، وذلك كابتداء النكاح. ثانيها - الرد الحسن إلى الحالة الأولى التى كانت عليها أولاً كقوله ﷺ لأبى النعمان بن بشير لما خص أحد أولاده لعطية دون سائرهم : ارجعه، أو رده، فهذا رد ما لم تصح فيه الهبة الجائزة. الثالث- الرجعة التى تكون بعد الطلاق .
فهذه ثلاث معان لغوية لمعنى الرجعة، وعليه فإنه يمكن حمل الرجعة على أحد معانيها اللغوية، بمعنى الرد، وبخاصة ان حمل الفقهاء معنى الرجعة على ما بعد الطلاق جاء متأخراً عن المعنى اللغوى، ولا يخفى ان الاحتمال يوجب سقوط الاستدلال فإن قيل ان مما يؤيد حمل الرجعة هنا على الرجعة بعد الطلاق، ما أخرجه الدار قطنى عن ابن عمر : ان رجلاً قال انى طلقت امرأتى البتة وهى حائض فقال : عصيت ربك، وفارقت-

ثانياً : بما أخرجه الدار قطني عن ابـن عمر أن النبي ﷺ قـال : ﴿ هـي واحدة ﴾ وفي رواية أخرى للبخاري : ﴿ وحسبت تطليقة ﴾ .

وجه الدلالة أن كلا من روايتي البخاري والدار قطني صريحة في وقوع هذه الطلقة، واحتسابها واحدة من الثلاث التطليقات التي يملكها الزوج .

أجيب عن ذلك بأن قوله : هي واحدة وحسـبت تطليقة لم يثبت بالسند الصحيح رفعها إلى النبي ﷺ ولا يدرى من قاله : أهو احد الرواة عن ابن عمـر ابن وهب أم ابن ذئب أم نافع، أم هو عبد الله نفسه، أم أبوه عمـر. يضـاف لذلـك أن رواية البخاري وحسبت تطليقة مبنية للمجهول لم يصرح بالفاعل فيها .

وفضلاً عن ذلك فإن الاستدلال بما أخرجه البخاري وبمـا رواه الـدار قطنـي معارض بما روى عن ابن عمر أن هذه الطلقة لم تحتسب عليه كما سيأتي .

ثالثاً : قوله ﷺ : من طلق في بدعة الزمناه بدعتـه، وقـد أفتـى الصحابـة ومنهم عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وغيرهما بالوقوع .

وكونه محرماً لا يمنع ترتب أثره وحكمـه عليـه كالظهـار، فإنـه منكرٌ مـن القول وزور، وهو محرم بلا خلاف، ومع ذلك ترتب أثره عليه وهو تحريـم الزوجـة إلى أن يكفر فكذا الطلاق البدعي محرم. ويترتب عليه أثره إلى أن يراجع .

ولأن النهي عن الطلاق في الحيض وفي الطهر الذى مسها فيه لمعنى فـي غيره، لأن المحرم تطويل العدة، فإن الحيضة التـي يقـع فيهـا الطـلاق، لا تكـون محسوبة منها، فتطول العدة عليها، والطلاق في الطهـر بعـد الاتصـال يوقعهـا فـي الحيرة، وذلك لا أثر له على وقوع الطلاق في ذاته. غايته أن يكـون آثمـاً لمخالفتـه الطريقة المشروعة في إيقاع الطلاق .

- امرأتك فقال الرجل : فإن رسول الله ﷺ، أمر ابن عمر أن يراجع امرأته قال ابن عمر انه أمر ابـن عمـر ان يراجعها بطلاق بقى له وأنت لم تبق ما ترتجع به امرأتك . فيجاب عن ذلك، بأن مجرد فهم ابـن عمـر ليس حجة، ومن ثم لا يكون دليلاً. انظر نيل الأوطار ج٦ ص٢٥٣ .

أجيب عن ذلك بأن حديث : من طلق في بدعة ألزمناه بدعته باطل على رسول الله ﷺ لأنه لم يروه أحد من الثقات عنه ﷺ ، فلا يكون حجة، وقد أورد ابن القيم وجه بطلانه بما لا مزيد عليه.

وافتاء عثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما بالوقوع، لم يثبت عنهما ، فهما أثران غير صحيحين، وعلى فرض صحتهما فهي أقوال صحابة غير مرفوعة لرسول الله ﷺ ، ولا حجة في ذلك.

أما قياس الطلاق على الظهار، والقول بأن حرمة الظهار لم تمنع ترتب أثره عليه، فكذلك الطلاق، قياس غير صحيح.

.. وذلك لأنه ليس للظهار جهتان جهة حل وجهة حرمة، بل كله حرام، فإنه منكر من القول وزور، فلا يمكن أن ينقسم إلى حلال جائز وحرام باطل، فإذا وجد لم يوجد إلا مع مفسدته فهو نظير الأفعال المحرمة التي إذا وقعت قارنتها مفاسدها فتترتب عليها أحكامها، بخلاف الطلاق[1].

هذا ، وقد ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أنه يجب على من يطلق امرأته في حال الحيض، أن يراجعها لقوله ﷺ لعمر ﷺ حين طلق ابنه عبد الله امرأته في حال الحيض ﴿ مره فليراجعها ﴾ . والأمر يقتضي الوجوب، فإن راجعها وجب عليه إمساكها حتى تطهر من حيضها هذه وتحيض حيضة أخرى ثم تطهر منها، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وإن شاء طلق قبل أن يمس وإلا لم يكن مطلقاً للسنة لما رواه البخاري وغيره أن رسول الله ﷺ قال لعمر : مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس. فقد دلت الرواية على أن رسول الله ﷺ قد أمره بترك الطلاق إلى غاية الطهر الثاني، فدلت على أن وقت طلاق السنة هو الطهر الثاني دون الأول .

---

(١) زاد المعاد ج٤ ص٤٣-٥١ ، الفتح على الهداية ج٣ ص٢٢-٣٤ .

ولأن الحيضة التى طلقها فيها غير محسوبة من العدة فكان إيقاع الطلاق فيها، كايقاع الطلاق فى الطهر الذى يليها ولو طلق فى الطهر الذى يليها لم يكن له أن يطلق فيه أخرى، كذا هذا.

وذهب أبو حنيفة إلى أنه يجب على من طلق امرأته في حال الحيض أن يراجعها، لورود الأمر بذلك، فإذا طهرت من حيضتها طلقها إن شاء أو أمسكها، فإن فعل كان مطلقاً للسنة ولو لم ينتظر حتى تحيض ثم تطهر، لقوله ﷺ فيما رواه مسلم وغيره عن ابن عمر : مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً حيث أطلق الطهر ولم يذكر فيه تلك الزيادة التى رواها البخارى، وهو حديث صحيح متفق عليه.

ولأن التحريم إنما كان لأجل الحيض، فإذا زال موجب التحريم جاز طلاقها فى هذا الطهر لأنه طهر لم يمسها فيه، كما جاز فى الذى بعده، وكما يجوز فى الطهر الذى لم يتقدمه طلاق فى حيض .

وما استدل به أبو يوسف ومحمد محمول على الاستحباب(١).

وفى المذهب المالكي، أن من طلق امرأته فى الحيض أو النفاس ولم يرتجعها اختياراً، أجبره القاضي على الرجعة ما دامت فى العدة، فإن لم يمتثل عذره وأدبه، فإذا أصر على الإمتناع ارتجع عنه(٢).

وارتجاع القاضي يترتب عليه من الأحكام ما يترتب على ارتجاع المطلق نفسه، وإن كان بلا نية من الزوج، لأن نية القاضي قامت مقام نيته.

---

(١) انظر مجمع الأنهر ص٣١٨، رد المختار ج٢ ص٤٢٧، سبل السلام ج٣ ص١٦٩، البدائع ج٣ ص٩١، المغنى ج٨ ص٤٣٩ .

(٢) المنصوص عليه فى الفقه المالكى أن الرجل إذا ارتكب المحظور بأن طلق زوجته فى حال حيضها أو حال نفاسها، وأمره الحاكم أن يراجعها فأبى من ذلك فإنه يهدده بالسجن فإن لم يفعل سجن فإن لم يفعل هدده بالضرب فإن لم يفعل ضرب، ويكون ذلك كله قريباً بموضع واحد لأنه فى معصية حيث الطلاق، فى حال الحيض أو النفاس حرام لا يجوز فعله، ومن تمادى ألزمه الرجعة ويرتجعها له بأن يقول : ارتجعت لك زوجتك . - انظر شرح الخرشى ج٣ ص١٦٨و١٦٩ .

وإذا اختلف الزوجان فى الوقت الذى وقع فيه الطلاق، فقالت طلقنى فى حال حيضى، وقال الزوج طلقتها فى حال طهرها، فارجح الأقوال : أن ينظرها أهل الخبرة من النساء[1] أو الرجال، إلا إذا ترافع الزوجان فى حال طهر المرأة فإن القول يكون قول الزوج بيمينه.

وبهذا نكون قد انتهينا من القول الأول ودليله، وما ترتب على هذا القول من وجوب الرجعة.

دليل القول الثانى :

استدل القائلون بأن الطلاق في وقت الحيض أو الطهر الذى باشر فيه، لايقع **أولاً** : بما رواه مسلم عن ابن عمر، أنه لما طلق امرأته وهى حائض قال ابن عمر: فردها عليَّ رسول الله ﷺ ولم يرها شيئاً، وقال إذا طهرت فليطلق أوليمسك[2].

وجه الدلالة : أن قول ابن عمر : فردها على ولم يرها شيئاً صريح فى بطلان الطلاق إذا وقع أثناء الحيض.

اعترض على الاستدلال بهذا الحديث بوجهين :

الأول : أنه ضعيف لأنه من رواية أبى الزبير ولا يصح للاستدلال.

---

(١) المقصود بالنساء ما فوق الواحدة. وفى القول الثانى أنها تصدق بيمينها، لأنها أمينة فى حق نفسها، وشهر هذا القول المحقق الخرشى، ورجح القول الأول الإمام أبى الضياء سيدى خليل - انظر شرح الخرشى وحاشية العدوى عليه ج٣ ص١٦٨، ١٦٩

(٢) قال الحافظ : اسناده على شرط الصحيح، كما قال بن القيم وغيره أن هذا الحديث صحيح، وقد أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى انظر نيل الأوطار ج٦ ، ص٢٥٣، سبل السلام ج٣ ص١٧٠ .

الثاني : على فرض التسليم بصحته ، فمعناه لم يرها شيئاً مستقيماً لكونها على خلاف السنة ، أو لم يرها شيئاً تحرم معه المراجعة بها[1].

أجيب عن ذلك : بمنع كونه ضعيفاً واحتمال أن المعنى لم يرها شيئاً مستقيماً ، أو تحرم معه المراجعة ، يدفعه أن له طرقاً أخرى صريحة فى عدم الإعتداد بها[2].

ثانياً : بأن الاتفاق قائم على أن الطلاق في حال الحيض أو بعد الإتصال في الطهر محرم منهى عنه والنهى يقتضى فساد المنهى عنه.

يقول تعالى : ﴿ يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ﴾ وصح عن النبى ﷺ : أن الطلاق المشروع المأذون فيه هو الطلاق فى زمن الطهر الخالى عن المباشرة أو بعد استبانة الحمل، وما عداها فليس بطلاق للعدة فى حق المدخول بها.

فلو كان الطلاق يقع فى هذين الوقتين ويكون صحيحاً لما كان هناك فرق بين المنهى عنه والمأذون فيه من جهة الصحة والفساد، ولما كان لحجر الشارع

---

(١) قال ابن عبد البر : أن قوله ولم يرها شيئاً، منكر لم يقله غير أبى الزبير وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف بمن هو أثبت منه، وقال أبو داود روى هذا الحديث عن ابن عمر جماعة وأحاديثهم على خلافهما قال أبو الزبير – انظر نيل الأوطار ج٦ ص٢٥٣، وسبل السلام ج٣ ص١٧٠ .

(٢) لأن أبا الزبير غير مدفوع فى الحفظ والعدالة، وانما يخشى من تدليسه فإذا قال سمعت أو حدثنى زال ذلك وقد صرح هنا بالسماع، وليس فى الأحاديث الصحيحة ما يخالف حديث أبى الزبير، لأن الرواة لحديث ابن عمر اتفقوا على أن المرفوع منه إلى النبى ﷺ غير مذكور فيه ثمه حسبها عليه ولا قال له قد وقعت، وقد روى زيادة أبى الزبير الحميدى فى الجمع بين الصحيحين، وقد التزم إلا يذكر فيه إلا ما كان صحيحاً على شرطهما. على أنه يزيد بن مالك عن ابن عمر : أنه طلق امرأته وهى حائض فقال رسول الله ﷺ ﴿ ليس ذلك بشىء ﴾ . وقد روى ابن حزم فى المحلى بسنده المتصل إلى ابن عمر عن طريق عبد الوهاب الثقفى عن عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر (أنه قال فى الرجل يطلق امرأته وهى حائض لا يعتد بذلك، وهذا إسناد صحيح. وروى ابن عبد البر عن الشعبى، أنه قال : إذا طلق امرأته وهى حائض لم يعتد بها فى قول ابن عمر : انظر نيل الأوطار ج٦ ص٢٥٤ . وعن طاوس ، أنه كان لا يرى طلاقاً خالف وجه الطلاق ووجه العدة. وكان يقول : وجه الطلاق ان يطلقها طاهراً من غير اتصال، وإذا استبان حملها .

معنى، وكان حجر القاضي على من منعه التصرف أقوىّ من حجر الشارع حيث يبطل التصرف بحجره[1].

هذه هى أقوال الفقهاء وأدلتهم فى حكم الطلاق وقت الحيض أو الطهر الذى لا مس فيه، وبالتأمل فيها نجد أنها جميعاً تستند إلى أصل واحد وهو ما روى عن ابن عمر، وما روى عن ابن عمر فى هذا الشأن كله صحيح عنه؛ ولكنه مضطرب اضطراباً شديداً، فقد روى عنه الاعتداد بتلك الطلقة واحتسابها، وروى عنه عدم الاعتداد بها وعدم احتسابها، وذلك يدل على أنه لم يكن عنده نص صريح عن الرسول ﷺ يفيد وقوع تلك الطلقة والاعتداد بها .

يقول الشوكاني صاحب نيل الأوطار: لا شك أن رواية عدم الاعتداد بتلك الطلقة أرجح من رواية الاعتداد المتقدمة .

وقد صرح غير واحد من أئمة الحديث بأن الرواة لحديث ابن عمر قد اتفقوا على عدم رفع الوقوع إلى النبى ﷺ بل فى صحيح مسلم ما يدل على أن وقوعها إنما هو رأى لابن عمر وأنه سئل عن ذلك فقال : وما لى لا اعتد بها وإن كنت قد عجزت أو استحمقت على معنى أن عجزه وحمقه لا يكون عذراً له فى عدم احتسابها، وهذا يدل على أنه لا يعلم فى ذلك نصاً نبوياً، لأنه لو كان عنده لم يترك روايته، ويتعلق بهذه العلة، فإن العجز والحمق لا مدخل لهما فى صحة الطلاق، ولو كان عنده نص نبوى لقال : وما لى لا أعتد بها وقد أمرنى رسول الله ﷺ أن أعتد بها، ذلك فضلاً عن أن مذهب ابن عمر وفتواه أصح فى عدم الوقوع منه فى الوقوع، هذا ومما يترجح به عدم الوقوع.

أن النكاح ثابت بيقين، ولا يزول إلا بيقين مثله من كتاب أو سنة أوإجماع، والأدلة متضافرة على عدم وقوع الطلاق أثناء الحيض أو الطهر المسبوق بالإتصال، لأنه طلاق غير مشروع وغير مأذون فيه ، والمكلف إنما يتصرف بالإذن فما لم يأذن به الله ورسوله لا يكون محلاً للتصرف، وقد حكم ﷺ بالغاء وإبطال ما

---

(1) زاد المعاد ج٤ ، ص٤٣-٥١ ، نيل الأوطار ج٦ ص٢٤٥ .

خالف أمره في قوله عليه السلام: ﴿من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد﴾ وهو حديث صحيح شامل لكل مسألة مخالفة لما عليه أمر رسول الله ﷺ [1]، والله أعلم بالصواب .

ثانياً : حكم الطلاق من حيث العدد :

الكلام على الطلاق من حيث العدد يقع في موضعين ، أحدهما في كونه بدعة ومعصية وثانيهما في وقوعه وعدد ما يقع به. ونرجئ الكلام عن الواقع به إلى مناسبته من البحث .

اختلف الفقهاء في الطلاق بلفظ الثلاث أو بالتتابع في مجلس واحد عند الحاجة[2]، هل يكون للسنة أم من قبيل الطلاق البدعي على قولين:

القول الأول : أن جمع الثلاث في طهر واحد لم تحصل فيه مباشرة ليس بدعياً، بل من قبيل الطلاق للسنة، يستوى في ذلك أن يجمع الثلاث في نطق واحد، أو يكررها في مجلس واحد أو يفرقها على الطهر الواحد. ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة في أحدى روايتيين[3].

القول الثاني : أن طلاق الثلاث بدعة، سواء أكانت الثلاث بنطق واحد أم مفرقة في طهر واحد والاثنين كذلك، ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية[4] وغيرهم.

استدل الشافعية ومن تابعهم من الفقهاء على أن جمع الثلاث في طهر واحد ليس فيه اتصال، طلاق للسنة، بالكتاب وبالسنة.

---

(1) انظر نيل الأوطار ج٦ ص٢٥٤ .

(2) لا فرق بين قول المطلق : أنت طالق ثلاثاً، أو أن يكرر هذا اللفظ ثلاثاً – انظر سبل السلام ج٣،ص١٧٥

(3) المغني لابن قدامة ج٨ ص٢٤٠، المهذب ج٢ ص٧٩، سبل السلام ج٣ ص١٧٣ .

(4) سبل السلام ج٣ ص١٧٣، الفتح على الهداية ج٣ ص٢٤ وما بعدها .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾[1] حيث لم يفرق سبحانه بين أن تكون الثلاث مجموعة أو مفرقة، ولا يجوز أن نفرق بين ما جمع الله بينه، كما لا نجمع بين ما فرق الله بينه.

وأما السنة، فما رواه أحمد من حديث أبي هريرة ﷺ أن عويمرا العجلانى لما لاعن امرأته قال يا رسول الله ظلمتها إن امسكتها، هى الطلاق وهى الطلاق وهى الطلاق، وفى رواية عند الجماعة الا الترمذى قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ .

دل هذا الحديث على أن جمع الثلاث لو كان معصية، لما أقره عليه الرسول ﷺ .

ثانياً : ما روى أن فاطمة بنت قيس قالت : طلقنى زوجى ثلاثاً فلم يجعل لى رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى .

فقد دل هذا الحديث على جواز الطلاق الثلاث وترتب أثره عليه، ولأن الطلاق تصرف مشروع لكونه مباحاً، حتى إنه يستفاد به وقوع الطلاق. وكل ما هو مشروع لا يكون محظوراً لأن المشروعية لا تجامع الحظر، بخلاف ما لو طلقها فى طهر لامسها فيه لالتباس أمر العادة عليها، من ثم لم يكن فى الجمع بدعة ولا فى التفريق سنة بل الكل مباح.

استدل الحنفية ومن تابعهم على أن من طلق ثلاثاً بكلمة واحدة أو مفرقة فى طهر واحد أو اثنتين، بدعة محرمة بالسنة وبالمعقول.

أما السنة : فأولاً : ما رواه النسائى عن محمود بن لبيد[2] ﷺ قال أخبر[3] النبى ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقام غضباناً ثم قال أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟ حتى قام رجل فقال: يا رسول الله إلا اقتله.

---

(١) آية ٢٣٠ سورة البقرة.

(٢) محمد بن لبيد هو ابن أبى رافع الانصارى ولد على عهد رسول الله ﷺ وحدث وقال البخارى عنه أن له صحبة وكان من العلماء مات سنة ست وتسعين من الهجرة .

(٣) اخبر بضم الخاء وكسر الباء .

فقد دل هذا الحديث على أن جمع الثلاث التطليقات بدعة محرمة، لأن إنكاره ﷺ وغضبه لا يكون إلا فى محرم.

ثانياً : ما روى عن ابن عمر إنه قال للمطلق ثلاثاً حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك وعصيت ربك فيما أمرك به من طلاق امرأتك.

وهذا تفسير من ابن عمر للطلاق المأمور به، وتفسير الصحابى حجة[1].

ثالثاً : روى عن عمر ﷺ، إنه كان إذا أتى برجل طلق ثلاثاً أوجعه ضرباً بدرته، وهذا يدل على أن إيقاع الثلاث بلفظ واحد معصية محرمة وإلا لما ضربه.

المعقول : الأصل فى الطلاق الحظر لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية من تحصين الانسان نفسه عن الوقوع فى الحرام، والدنيوية لما فيه من المسكن والازدواج، واكتساب الولد، وكل ما هو كذلك ينبغى ألا يجوز وقوعه فى الشرع إلا أنه أبيح للحاجة إلى الخلاص الذى قد يعرض فى الدين أو الدنيا ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث، بخلاف تفريقها على الأطهار فإنها ثابتة نظراً إلى دليلها، لأن الحاجة باطنة فإنيط الحكم بالحل على دليلها وهو الإقدام عليه فى زمن تجدد الرغبة، فإذا طلقها فى كل طهر طلقة حكم بالحاجة إلى الثلاث[2].

والراجح أن جمع الثلاث من قبيل البدعة المحرمة، لأنه فضلاً عن قوة أدلته، فإن جمع الثلاث فيه ضرر بالمطلق وبامرأته من غير حاجة، يقول ﷺ : ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾ وربما كان جمع الثلاث وسيلة إلى عوده إليها حراماً أوبحيلة لا تزيل التحريم ووقوعه فى الندم وخسارة الدنيا والآخرة، وجمع الثلاث أولى بالتحريم من الطلاق فى الحيض الذى ضرره بقاؤها فى العدة أياماً يسيرة، أوالطلاق فى طهر مسها فيه الذى ضرره احتمال الندم بظهور الحمل.

---

(١) قال بعض أئمة الحديث ان له حكم المفروع إلى الرسول ﷺ .

(٢) قال قيل : فكما لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث فكذا لا حاجة إلى التفرق على الاطهار لارتفاع النكاح بالطلقة الواحدة: أجيب : بأن الحاجة قد تتحقق إلى مظام النفس على وجه يأمن ظاهراً عروض الندم وطريق رفعها حينئذ لثلاث مفرقة على الإطهار لا مجموعة .

وما استدل به القائلون على أن جمع الثلاث هو من قبيل الطلاق للسنة. فليس فيه حجة، لأن قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ نص مطلق لا يدل على جواز الجمع، ولا يعم جائز الطلاق وحرامه كما لا يدخل تحته طلاق الحائض ولا من مسها في طهرها.

وغايته أن يكون نصاً قيدته السنة، وبينت شروطه وأحكامه.

والاستدلال بطلاق الملاعن لا يدل على المدعى لأن سكوت النبى ﷺ وعدم إنكاره، كان بسبب أن الملاعنة تبين بنفس اللعان، فالطلاق الواقع من الزوج بعد ذلك لا محل له فكأنه طلق أجنبية، ولا يجب انكار مثل ذلك، فلا يكون السكوت عنه تقريراً.

ولأن جمع الثلاث إنما حرم لما يعقبه من الندم ويحصل به من الضرر ويفوت عليه من حل نكاحها ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان، لحصوله باللعان، وحديث فاطمة بنت قيس واخبارها بأن زوجها طلقها ثلاثاً، ليس بصريح فى أن زوجها جمع الثلاث بل حقيقة طلاق فاطمة كما هو ثابت بالسند الصحيح المتصل أن زوجها أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت لها حيث كان قد طلقها قبل ذلك طلقتين.

ثالثاً: حكم الطلاق من حيث صفته

اختلفت الرواية عن فقهاء المذهب الحنفى. ففى ظاهر الرواية، أن الواحدة البائنة بدعة، لأن إباحة الطلاق للحاجة إلى الخلاص، ولا حاجة فيما زاد على الواحدة الرجعية. وفى رواية أخرى لا تكون الواحدة البائنة مكروهة، إذا كانت للحاجة للخلاص ناجزاً. وقياساً على الخلع، فإنها لو خالعته على مائة أو أكثر أوأقل فقبل بانت منه بلا خلاف[1].

---

(١) ذهب الحنابلة والشافعية وغيرهما، إلى أن كل طلاق من الزوج بعد الدخول يكون رجعياً إلا إذا كان بعوض أو ثلاثاً. فإذا قال لها أنت طالق طلقة بائنة، كانت رجعية ويلغو وصفها بالبينونة لأنه لا يملك أبانتها بدون الثلاث إلا بعوض انظر زاد المعاد ج٤ ص٥٣ .

وأجيب عن ذلك، بأن الطلاق البائن يسد به المطلق على نفسه باب التدارك لو ندم وأراد أن يعود إلى زوجته، إذ قد ترفض المطلقة بائناً استئناف الحياة الزوجية معه من جديد لما هو منصوص عليه من أن المطلقة بائناً بينونة صغرى، لايملك مطلقها أن يراجعها إلا بإذنها ورضاها. وأما الخلع فإنه لا يكون إلا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية، حتى أنه لا يكون مكروهاً حالة الحيض فلا يقاس عليه[1].

[redacted] الطلقات :

جعل الشارع الحكيم عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته ثلاثا على أن يوقعها مرة بعد أخرى ، فإن طلقها الثالثة ، أصبحت لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، يدخل بها ويعاشرها معاشرة الازواج ، ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه : لقوله تعالى : ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ إلى أن قال سبحانه وتعالى : ﴿ **فإن طلقها (أى الثالثة) فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره** ﴾[2].

وإنما شرع الطلاق على ثلاث دفعات ، ليكون عند الرجل فرصة يراجع فيها نفسه ويروضها على الصبر والاحتمال ، لأنه قد يوقع الطلاق في غضبة طارئة أو بسبب قد يزول ، فإذا هدأت أعصابه وأناب إلى رشده ، وغاوده الحنين إليها ، وجد باب التدارك مفتوحا وطريق الأمل ممدودا ، إذ قد يتبدل الحال ويعجبه منها ما قد أسخطه ، على أن الحاجة إلى الطلاق ضرورة والضرورة تقدر بقدرها ، والواحدة تكفي للإنفصال ، فما زاد عليها يكون تضييقا على نفسه بلا داع ولا مبرر. ولو أن الناس ساروا على النظام الذى شرعه لهم الإسلام فى الطلاق ، من أنه لايكون إلا عند الضرورة ، وراعوا حكمة جعله مفرقا ، لما كان الطلاق أبدا موضع

---

(1) انظر البحر الرائق، ج٣ ص٢٣٩، الفتح على الهداية ج٣ ص٢٨ .

(2) الآيتان ٢٢٩ ، ٢٣٠ سورة البقرة .

شكاية ولا مبعث شقاء للاسرة الإسلامية ، ولما أوقعوا أنفسهم فى التجربة القاسية والمحنة الشديدة التى تقع تحت سمعهم وبصرهم عندما يندفعون فيطلقوا ثلاثا ، ثم يعاودهم الحنين لسبب أو لآخر - إلى عودة زوجاتهم ولاسبيل بغير المحلل الذى يقتل نفوسهم ويكوى أكبادهم وليت الأمر يقف عند هذا الحد ، بل قد تجد هذه الزوجه فى المحلل سكنها وسعادتها فتفلت منه إلى غير رجعة ، ليحيا بعد ذلك بالحسرة ويعيش بالندامة ، وما ذلك إلا لأنه ضيق واسعا واستعجل أمرا كانت له فيه أناه ٠

شروط المطلق :

يشترط فى المطلق حتى يكون طلاقه واقعا شرعا الشروط الأتيه :

الشرط الأول : أن يكون زوجا للمطلقة أو وكيلا له أو زوجة مفوضة من زوجها ، بأن اتفقت مع زوجها وقت عقد الزواج أو بعده ، على أن يكون لها الحق فى أن توقع الطلاق على نفسها بنفسها ٠

فغير الزوج أو من فوضه لايقع طلاقه ، فلايملك الاب تطليق زوجة إبنه ، لأن الطلاق لمن يملك عقد الزواج ٠

أما تطليق القاضى فى الحالات التى يطلق فيها على الزوج فإنه يقع ، لأنه يعتبر صادرا من الزوج نفسه ، لأن القاضى قد اعتبر شرعا نائبا عن الزوج فى إيقاع الطلاق ، لأنه يجب على الزوج أن يطلق امرأته فى الحالات التى يكون فيها استمرار الزواج ظلما وعدوانا على الزوجة ، فإن لم يفعل ، كان ذلك واجبا على القاضى الذى نصب لرد العدوان ورفع الظلم ٠

الشرط الثاني : أن يكون بالغا عاقلا ، فطلاق الصبى لايقع وإن كان مميزا لعدم بلوغه ، وكذلك لايقع طلاق المجنون أو المعتوه لعدم عقله[1]، يقول ﷺ ﴿ كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمجنون ﴾ . ولأن الطلاق شرع حيث يكون هناك سبب لايقاعه، وكل من الصبى ولو كان مميزا والمجنون والمعتوه لايدرك وجه المصلحة ، فمن ثم لم يكن الطلاق مشروعا في حقهم ويلحق بالمجنون والمعتوه في عدم إيقاع الطلاق منه ، كل من إختل عقله ، لكبر أو مرض أو إغماء أو لمصيبه فاجأته ، وهو المدهوش[2]، أو غضب شديد لحقه ، فهؤلاء طلاقهم غير واقع ، لانتفاء الأرادة منهم قال ﷺ : ﴿ لا طلاق في إغلاق ﴾ والمراد بالاغلاق : أن يقفل على الشخص باب الادراك والقصد وأن يسد عليه طريق الوعي ، فايما شخص اقفل عليه باب الإدراك وسد عليه طريق الوعي ، فلا يدرى مايقول ويفعل ، أو غلب عليه الخلل والاضطراب في أقواله وأفعاله أو شدة حزن ، لايقع طلاقه .

طلاق السكران : [3]

لاخلاف بين الفقهاء بأن السكران إذا كان سكر بسبب مباح ، كأن شرب السكر للتداوى، أو غاب عقله من البنج بسبب العلاج ، أو تحت ضغط الإكراه أن طلاقه لايقع لزوال عقله وعدم قدرته على الحكم على الاشياء ووزن التصرفات ومعرفة المصلحة .

أما إذا كان السكر بسبب محظور بأن شرب الخمر أو النبيذ، ونحوهما طوعا حتى سكر وزال عقله ، فطلاقه واقع عند عامة العلماء ، لأنه لما تناول

---

(1) المعتوه : هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون ، وإذا أرادت زوجة المجنون أو المعتوه وما لحق لهما ، التطليق من زوجها ، فإنها ترفع امرها إلى القضاء .

(2) المدهوش : المدهوش هو من ذهب عقله حياء أو خوفا .

(3) السكران : هو من تناول الخمر ونحوها ، من كل شراب محظور طوعا حتى سكر وصار يهذى ويخلط في كلامه ولا يعى بعد وقته ما كان منه حال سكره .

المحرم باختياره قد تسبب في زوال عقله ، فيجعل كأنه موجود عقوبة وزجرا له عن إرتكاب المعصيه ، بخلاف ما إذا زال العقل بالبنج والدواء والاكراه لأنه لم يزل بسبب هو معصية .

وعن عثمان ﷺ ، أنه لا يقع طلاقه ، وبه أخذ الطحاوى والكرخى من فقهاء الحنفية . وهو أحد قولى الشافعى وقول لمالك وأحمد وإليه ذهب الشيعة الإمامية ، لأن عقله زائل حقيقة ، والعقل من شرائط أهلية التصرف ، فعبارته لذلك يجب أن تكون لاغية كالمجنون والصبى الذى لايعقل ومن زال عقله بالبنج والدواء. ولأن الطلاق شرع للحاجة والسكران لايستطيع ان يزن الأمور ، وأن يقدر الأسباب والدواعى الموجبة للطلاق .

ولا وجه لوقع طلاقه عقوبة له على سكره ، لأن الشارع قدر للسكر عقوبة معروفة ، فلا يصح أن يزاد على هذه العقوبة .

وقد كان العمل فى مصر جاريا على وقوع طلاق السكران إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص فى المادة الأولى منه على أنه " لايقع طلاق لسكران " .

طلاق الغضبان :

الغضبان هو من اعترته حالة إنفعال ، أخرجته عن وعيه وطبيعته وليس الغضب درجة واحدة بل درجات متفاوته ، ومذهب الحنيفة ، أن الغضبان الذى يخرجه الغضب عن وزن مايقول بحيث يغلب عليه الخلل والاضطراب فى أقواله وأفعاله لايقع طلاقه . ولايشترط مع الغضب زوال العقل وإلا كان مجنونا ، والمناط فى هذا كله كما يقول ابن عابدين : غلبه الهذيان غلبة خارجة عن إرادته أى غلبه الخلل فى أقواله وأفعاله الخارجة عن عاداته وإن كان يعلمها ويريدها ، لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبره لعدم حصولها عن إدراك صحيح .

أما ابن القيم الحنبلى فقد قسم الغضب على ثلاثة أقسام :

الأول : أن يحصل له مبادئ الغضب الذى لايخلو منه المقدم على الطلاق بحيث لايتغير عقله ويعلم مايقوق ويقصده ، وهذا لا إشكال فى شأنه فطلاقه واقع.

الثانى : أن يبلغ به الغضب نهايته فلا يدري مايقول ولا يقصده ، وهذا لايقع طلاقه ·

الثالث : إلا يبلغ به الغضب هذه الغاية ، ولكنه يصل به إلى حالة الهذيان ، فيغلب الخلل والاضطراب فى أقواله وأفعاله ، بحيث يحول غضبه دون أن يدرك مايصدر منه من الأقوال والأفعال إدراكا صحيحا ، وهذا لايقع طلاقه أيضا.

هذا ولايشترط فى وقوع الطلاق فى مذهب الحنفية ، أن يكون المطلق صحيح الجسم أو جادا غير هازل أو عامدا غير مخطئ ·

فيقع طلاق المريض ، كما يقع طلاق الصحيح ، إذا كان رضه غير مؤثر على عقله كما يقع طلاق السفيه[1] ، لأن الرشد ليس من شروط المطلق ، ولأن السفيه عند الحنيفه يملك الزواج بنفسه فيملك إنهاءه بالطلاق ، ولأن موضع الحجر التصرفات المالية والزواج وآثاره ليس من التصرفات المالية ، فلا يكون موضع الحجر،فصح أن يقع منه الطلاق ·

طلاق الهازل:

يقع طلاق الهازل ، وهو من يقول القول غير قاصد لحقيقته ولا لمجازه ، بل يقوله على وجه اللهو واللعب لقوله ﷺ : ﴿ ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة ﴾ ولأن الهازل آتى بالسبب أى اللفظ ، وهو الطلاق غير ملتزم لحكمه ، وترتيب الأحكام على أسبابها إنما هو للشارع لا للعاقد ، فإذا أتى المرء بالسبب لزمه حكمه شاء أو أبى ، ولاتقبل منه دعوى أنه كان هازلا أو لاعبا ،

---

(1) السفيه : هو من يبذر ماله وينفقه على خلاف مقتضى العقل والشرع .

لأن أحكام الله جد كلها فمن هزأ بها لزمته ، يقول تعالى : ﴿ ولاتتخذوا آيات الله هزوا ﴾ .

طلاق المخطئ :

ويقع طلاق المخطئ على ماذهب إليه الحنفية ، وهو الذى يسبق لسانه بحكم العادة أو غيرها إلى العبارة الدالة على التطليق من غير قصد ولاشعور ، كأن يريد أن يقول لها : أنت طاهرة ، فقال خطأ ، أنت طالقة [1] لأن لفظ الطلاق صدر منه عن يقظة وتمام عقل ، مما يدل على قصده النطق به وترتب آثاره عليه . وذلك أن الخطأ أمر باطنى لايعرف إلا من جهة صاحبه ، وقد يدعى الخطأ زورا ويتخذه ذريعة لاحلال ماحرم الله ، وإضاعة الحقوق ، ولايمكن بناء الأحكام على هذا الأساس .

ووقوع طلاق المخطئ ليس كوقوع طلاق الهازل ، فإن طلاق المخطئ يقع قضاء فقط ، أما طلاق الهازل فإنه يقع قضاء وديانة .

ومعنى وقوع طلاق الهازل قضاء وديانة ، أنه لايصدق أمام القاضى أنه أراد الهزل واللعب ، ولايصح له شرعا بمجرد صدور هذا اللفظ منه أن يعاشر زوجته .

أما معنى وقوع الطلاق قضاء فقط ، أنه إذا لم يصل أمر هذا الطلاق إلى القضاء ، يصح له أن يعيش مع زوجته ويعاشرها معاشرة الازواج ، لأن العبرة بالنيات . ولانية له ولاعبث منه ، ولا لعب بالطلاق كالهازل .

ويصح للمفتى أن يفتيه بأن طلاقه غير واقع عند الله متى صدقه فى أنه كان مخطئا حقيقة فى التلفظ بالطلاق .

أما إذا تنازع الزوجان ورفع الأمر إلى القضاء . فإنه يحكم بوقوع الطلاق . ولايسمع من المخطئ إدعاء أنه لم يكن مريدا للطلاق ولاقاصدا أن يتلفظ به . لأن القاضى يبنى أحكامه على الظاهر والله يتولى السرائر ، ولأنه لو قبل القاضى مثل

---

(1) ذهب الشافعية إلى ان طلاق المخطئ لا يقع ، لعدم القصد إلى المعنى .

هذه الدعوى من المطلق ، لانفتح الباب أمام المحتالين الذين يقصدون التلفظ بالطلاق، ثم يدعون أنه كان سبق لسان .

طلاق المكره :

إذا أكره شخص الزوج على إيقاع الطلاق ، بالقتل أو بقطع عضو من أعضائه ، أو إتلاف ماله أو غير ذلك مما لاتحتمله نفسه ولايقدر على دفعه ، فطلق زوجته تحت تأثير هذا الاكراه ، فإن طلاقه يقع كما هو مذهب الحنفية ، قياسا على وقع طلاق الهازل لأن وقوع طلاق الهازل ، قد دل على عدم اشتراط القصد فى الطلاق عند مباشرة سببه ، وهذا هو شأن المكره ، فكما كان عدم الرضا من الهازل لاتأثير له على وقوع الطلاق منه ، يكون عدم الرضا من المكره لاتأثير له أيضا على وقوع طلاقه ، حيث أنه تلفظ بالطلاق وهو قاصد مختار ، قد فضل الطلاق على وقوع الإذى ، ولا عبرة بعدد ذلك بكونه راضيا أو غير راض .

وذهب جمهور الفقهاء الى أن طلاق المكره لايقع لأنه بالإكراه أصبح فاسد الاختيار لايقصد وقوع الطلاق ، وإنما قصده دفع الإذى عن نفسه أو ماله ، فينتفى الحكم لانتفاء القصد والاختيار، قال ﷺ: ﴿ **رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** ﴾ ، ولأن الإكراه لايجامع الاختيار الذى به يعتبر التصرف الشرعى ، بخلاف الهازل لأنه مختار فى التكلم بالطلاق ، غير راض بحكمه فيقع طلاقه ، والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم وقوع طلاق المكره ، وبناء على هذا فقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ برأيهم فاعتبر طلاق المكره لغوا ، ونص على عدم وقوعه فى المادة الأولى منه فقال : " لايقع طلاق المكره " .

محلية الطلاق :

المنصوص عليه فى الفقه الحنفى أن الطلاق يقع على المرأة متى توفرت فيها حالة من الحالات الأتية :

أولا : الزوجة المعقود عليها عقدا صحيحا ولو قبل الدخول بهـا ، أمـا لـو كان العقد فاسدا فلا يقع عليها الطـلاق لأن الطـلاق فـرع النكـاح الصحيـح ، وإنمـا يجب التفريق بينهما بطريق الفسخ .

ثانيا : المعتدة من طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى لأن الزوجيـة فيهمـا باقية إلى إنقضاء العدة حكما ، فمعتدة الطلاق الرجعى لزوجها أن يراجعها فى مـدة العدة ولو من غير رضاها ، ومعتدة الطلاق البائن لها علـى مطلقهـا النفقـة ولايجـوز لها أن تتزوج بغيره ، وعليها القرار فى بيت الزوجية طول مدة العدة .

ثالثا : المعتدة من فرقة اعتبرت طلاقا ، كالفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام، إذا اسلمت زوجته ، فإن هذه الفرقـة قـد اعتـبرت طلاقـا علـى القـول الراجـح فـى المذهب الحنفى ، والفرقة بسبب الإيلاء[1]

رابعا : المعتدة من فرقة اعتبرت فسخا لم ينقض العقـد ولم يرفـع الحـل ، كالفرقة بمعرفة الزوجة ، وذلك لأن الفسخ فى هذه الحال يعتبر إنهاء لعقد الـزواج لايلغى أحكامه السـابقة ، فكان كالطلاق فيوجب مايوجبه .

هولاء هن النساء اللاتى يقع عليهن الطلاق ، أما من لايقع عليهـن الطـلاق فهن :

١- المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى ، لأن البينونـة الكـبرى قـد انهـت جميـع الطلقات التى يملكها الرجل على زوجته فمن ثم لاتكون محلا لرابع .

٢- المعتمده من فرقة ، اعتبرت فسخا ونقضا للعقـد مـن أصلـه ، سـواء أكـان هـذا الفسخ بسبب يوجب حرمـة مؤبـدة أم غـير مؤبـده ، فمـن الأول الفسـخ بسـبب اتصال أحد الزوجين باصول الآخر أو فروعه ، ومن الثانى الفسـخ بخيـار البلـوغ وبسبب نقصان المهر عن مهر المثل ، أو عدم كفاءة الزوج فى تزويج المرأة نفسها

---

(١) الإيلاء : هو ان يحلف الرجل على إلا يأتى امرأته ويستمر على يمينه أربعة أشهر ، فإنه يفرق بينهما وتكـون طلاقا على منهب الحنفية لقوله تعالى : " للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فإن فـاءوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم" .

٣- المطلقة قبل الدخول بها والخلوة ، لأنها تصير بمجرد الطلاق قبل الدخول أجنبية عن الزوج ولذلك تحل للزواج بغيره مباشرة ، حيث لاعدة عليها ، فلا يلحقها شئ من الطلاق بعد ذلك لعدم المحل .

الإشهاد على الطلاق

ذهب جمهور الفقهاء على أنه لا يشترط الاشهاد على الطلاق، بل يقع الطلاق ويلحق المرأة ولو لم يشهده أحد .

وغايته أنه يستحب الاشهاد على الطلاق، حتى لا يقع التجاحد بين الزوجين، وإلا يتهم في إمساكها، ولئلا يموت أحدهما فيدعي الباقي ثبوت الزوجية بالإرث. وحملوا الأمر في قوله تعالى: ﴿ واشهدوا ذوي عدل منكم على الندب﴾ ، كما في قوله تعالى : ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتهم﴾ .

وذهب الشيعة الجعفرية والظاهرية إلى أن الاشهاد على الطلاق شرط لوقوعه، فلا يقع عندهم إلا بحضور شاهدين عدليين، لقوله تعالى : ﴿ فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوى عدل منكم واقيموا الشهادة لله ذلكم يوعظ به من كان منكم يؤمن با لله واليوم الآخر﴾[1] .

فهذه الآية أمر بالشهادة ، وهذا الأمر جاء بعد ذكر إنشاء الطلاق وجواز الرجعة فكان المناسب أن يكون راجعاً إلى الطلاق الذى سيق الكلام لبيان أحكامه .

وتعليل الاشهاد بأنه يوعظ به من كان يؤمن با لله واليوم الآخر يرشح ذلك ويقويه ، لأن حضور الشهود العدول لا يخلو من موعظة حسنة يقدمونها إلى الزوجين . فيكون لهما مخرج من الطلاق الذى هو أبغض الحلال إلى ا لله يشير إلى هذا المعنى قوله تعالى: ﴿ لا تدري لعل ا لله يحدث بعد ذلك أمراً﴾.

---

(١) آية ٢ سورة الطلاق .

وعلى ذلك فإذا لم يشهد على الطلاق شاهدين ظاهرهما العدالة يسمعان إنشاء الطلاق ، فإن الطلاق لا يقع[1] وكذا لا يقع لو أشهد عدلا واحداً أو فاسقين ولاتقبل شهادة النساء منفردات ولا منضمات .

وإذا طلق ثم أشهد وقع طلاقه لغواً إجماعاً وكتاباً وسنة متواترة، من ذلك قول الامام الصادق وابن الباقر : وإن طلقها في استقبال عدتها طاهراً من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدليين ، فليس طلاقه إياها بطلاق . وفي رواية ثانية عن الامام الصادق أنه قال : كان علي أمير المؤمنين ﷺ ، لا يجيز شهادة امرأتين في الزواج ولا يجيز في الطلاق إلا شاهدين عدلين.

هذه هي أقوال الفقهاء في اشتراط الشهادة في الطلاق وبالنظر فيها يتبين أن القول الراجح منها هو ما ذهب إليه الشيعة الجعفرية والظاهرية فيشترط لوقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين، لما في ذلك من تضييق لدائرة الطلاق التي اتسعت الأن كثيراً ، وأصبح الزوج يطلق زوجته لأقل غضبة ولأتفه سبب .

ويجرى العمل في مصر على أنه يجب على الموثق (المأذون) أن يجرى الطلاق بحضور شاهدين يوقعان على إشهاد الطلاق، لكن الزوج لو طلق زوجته من غير توثيق، فإنه يقع عليها طلاقه ولو لم يشهد عليه أحد ، أخذاً بالراجح في المذهب الحنفي .

---

(1) العدل يتمثل في كل مسلم ظاهر الإسلام مع السلامة من فسق ظاهر وإن كان مجهول الحال، انظر أحكام القرآن للقرطبي جـ٣ صـ٣٦٩ وجـ١٣ صـ١٥٧ وانظر شرائع الإسلام جـ٢ صـ٥٧ .

أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق عدة انقسامات باعتبارات مختلفه :

فينقسم أولا : من جهة دلالة اللفظ على معناه والاحتياج في ذلك إلى النية أو القرينة وعدم الاحتياج إلى شئ منهما إلى صريح وكناية ٠

وينقسم ثانيا : بالنظر إلى حكم الطلاق الواقع بالصيغة وإمكان الرجعة بعده من غير عقد جديد وعدم إمكانها إلى رجعى وبائن ٠

وينقسم ثالثا : بالنظر إلى الصيغة واشتمالها على التعليق على أمر مستقبل أو الإضافة إلى زمن مستقبل وعدم اشتمالها على شئ من ذلك إلى : منجز ومعلق ومضاف ٠

القسم الأول : الصريح والكناية

سبق أن قلنا فى تعريف الطلاق ، أنه رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص أوما يقوم مقامه من الكتابة أو الاشارة المفهمة واللفظ الذى يقع به الطلاق إما أن يكون صريحا وإما أن يكون كناية ٠

فالصريح : هو اللفظ الذى يستعمل فى الطلاق ولم يستعمل فى غيره مثل: أنت طالق ،وطلقتك ، وسائر الالفاظ المشتملة على أحرف الطلاق الأصلية وهى الطاء واللام والقاف . ومن الصريح قول الرجل لزوجته : حرمتك أو أنت على حرام أومحرمة ونحو ذلك من كل ما استعمله الناس فى قطع العلاقة الزوجية(١)٠

---

(١) إذا حدث الزوج نفسه بالطلاق و لم ينطق به ، لايقع به الطلاق على زوجته : يقول صلى الله عليه وسلم : ان الله تجاوز لامتى عما حدثت به انفسها مالم تعمل به أو تتكلم "ومن ذلك ايضا إذا تلفظ بعبارة الطلاق بناء على التلقين من غير ان يعرف معناها ولا المقصود منها فإنه لايقع عليه شئ لا فى الديانة ولا فى القضاء ٠

وحكمه أنه يقع به الطلاق بمجرد صدوره من الحالف من غير توقف على النية أو غيرها .

والكناية : هى كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ، ولم يغلب استعماله عرفا فى الطلاق .

وألفاظ الكنايات كثيرة منها : أنت بائن ، بتة ، برية ، إذهبى إلى أهلك حبلك على غاربك اعتدى ، إلى غير ذلك .

فقوله لها : أنت بائن يحتمل البينونة والانفصال من رابطة الزوجية ، ويحتمل البينونة والانفصال من أسباب الخير والشر .

وكذلك قوله : أنت بتة . فإن معنى البت القطع والفصل .

وقوله : أنت خلية ، أو أنت برية ، يحتمل الخلو من الزواج والبراءة منه ، كما يحتمل الخلو والبراءة من الخير والشر ، وقوله : حبلك على غاربك ، يحتمل أنه لا سلطان له عليها بسبب الطلاق ، ويحتمل معنى التبكيت والتأنيب وقوله : إذهبى إلى أهلك يحتمل إرادة الطلاق فتعود إلى أهلها كما كانت ويحتمل إبعادها عنه لأنه غاضب عليها ، وهكذا سائر ألفاظ الكناية .

وحكم الكناية مختلف عليه بين الفقهاء فمذهب الحنفية أنه لا يقع به الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال ، بمعنى أنه إذا كانت دلالة الحال تبين معنى الطلاق . يقع بلفظ الكناية الطلاق من غير الحاجة إلى النية ، لأن دلالة الحال تكفى فى إرادة الطلاق ، أما إذا لم تكن دلالة الحال كافية فى الدلالة على إرادة الطلاق . فإن الطلاق لا يقع بلفظ الكناية إلا بالنية(1).

---

(1) وقد قسموا الاحوال التى ترد فيها الفاظ الكناية ثلاثة أقسام ، الأول–حال مذاكرة الطلاق. الثانى – حال الغضب. الثالث–حال الرضا من غير مذاكرة طلاق.

وقسموا الفاظ الكناية ثلاثة اقسام ايضا ، ما يصلح جوابا لطلب الطلاق ولا يصلح شتما مثل اعتدى ، والثانى ما يصلح شتما وجوابا ولا يصلح رفضا لطلبها الطلاق مثل خلية ، برية ، بتة. الثالث–ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق، ورفضا لطلبها الطلاق ، مثل : اخرجى إذهبى ، قومى . ففى حال رضا الزوج الخالى من مذاكرة الطلاق . لابد من النية فى الاقسام الثلاثة ، لأن الحال ليس فيها ما يساعد على تعيين الطلاق مرادا. وفى حال الغضب . يتوقف على النية ، ما يصلح جوابا وشتما، وهما القسمان الثانى والثالث ويقع الأول من غير نية لمساعدة الحال، وفى مذاكرة الطلاق ، يقع من غير نية فى القسمين الأول والثانى ويحتاج إلى النية فى الثالث .

وعلى ذلك لايشترط فى المذهب الحنفي فى وقوع الطلاق بالفاظ الكناية ، النية دائما بل يكتفى فى بعض الأحوال بدلالة الحال ، فإن دل الحال على وقوع الطلاق وقع نوى أو لم ينو ، وفى بعضها لايكتفى بها بل لابد من النية ، فإن نوى الطلاق وقع وإن لم ينو لم يقع ·

وذهب المالكية والشافعية إلى أن الفاظ الكناية لايقع بها الطلاق إلا بالنية ولاعبرة بدلالة الحال ، لأن هذه الالفاظ لم توضع للدلالة على تلك الحقيقة الشرعية ، ولم تتعين فى العرف للدلالة عليها ، فلا يقع بها الطلاق إلا بالنية ·

وقد عدل القانون عن المذهب الحنفي ، وأخذ بمذهب الامامين : مالك والشافعي ، فنص فى المادة الرابعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن : كنايات الطلاق وهى ماتحتمل الطلاق وغيره لايقع بها الطلاق إلا بالنية " ·

وجاء بالمذكرة التفسيرية أن كنايات الطلاق ، وهى ماتحتمل الطلاق وغيره، لايقع بها الطلاق إلا بالنية دون دلالة الحال ، كما هو مذهب الشافعي ومالك ·

والمراد بالكناية هنا ماكان كناية فى مذهب أبى حنيفة وعلى ذلك إذا صدر من الزوج لفظ من الفاظ الكناية ، فادعت الزوجة عليه أنه طلقها بهذا اللفظ لصدوره عنه ، واعترف هو بصدوره ولكن أنكر إرادة الطلاق ، يكون القول قوله بيمينه فيحلف أنه ما أراد بهذا اللفظ الطلاق ، فإذا حلف رفضت دعواها وإن نكل عن اليمين حكم لها بطلاقها منه لأن النكول عن اليمين إقرار بالدعوى.

الطلاق بالكتابة والاشارة :

يقع الطلاق بالكتابة ولو كان الكاتب قادرا على النطق فمن أراد أن يطلق زوجته فله أن يشافهها به وله أن يكتب إليها ·

والكتابة على نوعين :

١- كتابة ظاهرة مستبينة يبقى أثرها كالكتابة على الورق والحائط والأرض .

٢- كتابة غير ظاهرة لايبقى أثرها كالكتابة على الماء والهواء وهذا النوع من الكتابة لاغ ولايقع الطلاق به ، نوى أو لم ينو صريحا كان الطلاق أو بائنا .

أما النوع الأول : وهي الكتابة المستبينة ، فإنها تقوم مقام اللفظ في وقوع الطلاق ، وهي على نوعين :

الأول – مايقوم مقام الصريح من الألفاظ ، فيقع به الطلاق بدون توقف على نية أو دلالة حال وهي الكتابة المعنونة باسم الزوجة ، فإذا كتب الزوج كتابا إلى زوجته بعنوانها ، يقول لها فيه : زوجتي فلانة ، قد علمت انك فعلت كذا وكذا وأنا لا أرض بمعاشرة امرأة تفعل ذلك ، فإذا وصلك كتابي هذا ، فأنت طالق، فإنها تطلق بمجرد وصوله إليها ، نوى أو لم ينو[1].

الثاني – مايقوم مقام الكناية وهي الكتابة المستبينة غير المعنونة باسم الزوجة ، ولاتوجه كما توجه الرسائل ، ولو كانت مكتوبة بصريح الطلاق ، وهذه لايقع بها الطلاق إلا بالنية ، كأن يكتب على صحيفة أو على حائط أو رمل ، زوجتي فلانه طالق ، لأنها كما تحتمل إنشاء الطلاق تحتمل غيره ، كأن يجرب القلم أو يمرن يده على الكتابة أو غير ذلك ، فلايقع الطلاق بمثل هذه الكتابة إلا أن ينويه الزوج .

وكما يقع الطلاق صريحا وكناية بالكتابة والعبارة ، يقع صريحا وكناية أيضا بالاشارة.

غير أنه وإن كان الطلاق يقع بالكتابة ولو كان الزوج – قادرا على النطق ، إلا أن الأمر بالنسبة لوقوع الطلاق بالاشارة يختلف عنه بالكتابة ، حيث إن

(١) هذا إذا علق طلاقها على وصول الرسالة ، اما إذا قال في الرسالة بعد الديباجة : أنت طالق ، فإن الطلاق يقع بمجرد كتابته.

الاشارة لاتقوم مقام اللفظ والعبارة ، إلا في حالة العجز عن النطق بالعبارة ؛ كالآخرس ونحوه ·

فإذا كان للأخرس إشارة مفهومة يعرف بها قصده ، وأنه يريد الطلاق ، وقع بها طلاقه دفعا للحرج عنه · وإذا كان الآخرس يحسن الكتابة ، فلايقع طلاقه على ما رجحناه إلا بالكتابة ، لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة ·

التقسيم الثاني : الطلاق الرجعي والطلاق البائن :

ينقسم الطلاق باعتبار إمكان المراجعة وعدم إمكانها إلى رجعي وبائن · فالطلاق الرجعي هو الذى يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد ومهر جديدين ، ومن غير حاجة إلى رضاها مادامت في العدة ، وكان الطلاق دون الثلاث ·

والطلاق البائن نوعان :

الأول – بائن بينونة صغرى ، وهو الذى لا يستطيع الرجل بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد ومهر جديدين ، وبإذنها ورضاها ·

الثاني – بائن بينونة كبرى ، وهو الذى لا يستطيع الرجل المطلق بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر زواجا صحيحا ويدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا ثم يموت عنها أو يطلقها وتنقضي عدتها منه ·

متى يكون الطلاق رجعيا ، ومتى يكون بائنا :

يكون الطلاق بائنا على حسب ماعليه العمل الآن بالمحاكم طبقا لنص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في الأحوال الآتيه :

١-إذا كان قبل الدخول الحقيقى ، فإذا طلق الزوج زوجته قبل أن يدخل بها دخولا حقيقيا ، كان الطلاق بائنا ولو إختلى بها ، لأن الطلاق إذا كان قبل الدخول والخلوة ، فليس على الزوجة عدة لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ، ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، فمالكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾ وإذا لم تكن عليها عدة فلايمكن مراجعتها لأن الرجعة لاتكون إلا فى عدة الطلاق الرجعى ٠وأما المطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة بها ، فإنه تجب عليها العدة احتياطيا ، محافظة على الانساب ، لالمراجعتها ٠

٢- إذا كان الطلاق على مال ، فإذا طلق الزوج زوجته ولو بعد أن دخل بها دخولا حقيقيا فى نظير مبلغ من المال تدفعه إليه أو نظير أن تبرئه من مؤخر صداقتها أو من متجمد نفقتها عليه أو من أجرة إرضاع ولدها منه أو من أجرة حضانته أومن كل ذلك، فإن الطلاق يكون بائنا ، لأن غرض الزوجة من دفع المال ، أوتنازلها عن بعض حقوقها هو أن تملك نفسها بحيث لايكون لزوجها سلطان عليها وهذا لايكون إلا بالطلاق البائن ، لأن الطلاق الرجعى لايزيل سلطة الزوج على زوجته ، إذ له أن يراجعها وإن لم ترض مادامت فى العدة ٠

٣- إذا كان الطلاق مكملا للثلاث ، فإذا طلق الزوج زوجته مرة وراجعها ثم طلقها مرة أخرى وراجعها ثم طلقها الثالثة، كان الطلاق بائنا بينونة كبرى لقوله تعالى بعد ذكر الطلقتين : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ويستوى فى الطلقتين السابقتين ، أن تكونا رجعيتين ، أو بائنتين ، أو إحداهما رجعية والآخرى بائنة ٠

٤- الطلاق الذى نص على أنه بائن فى القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهو الطلاق للعيب والطلاق للسجن والطلاق للضرر بسبب الغيبة

والطلاق للضرر بسبب الايـذاء بـالقول أو بـالفعل بمـا لايليـق بامثالهمـا علـى مـا سنبينه فى الحالات التى يطلق فيها القاضى .

هذه هى الاحوال التى يكون الطلاق فيها بائنا طبقا لما عليه العمل

أما ما عدا ذلك من أنواع الطلاق فإنه يكون رجعيا ، نصت على ذلك المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فقالت : " كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مـال وضانص علـى كونـه بائنـا فـى هـذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٠" .

وجاء بالمذكرة التفسيرية لهذه المادة أنه أخذ بمذهب مالك والشافعى فى أن كل طلاق يقع رجعيا ، إلا ما استثنى ، كمـا أشـارت المذكـرة أيضـا إلى أن التفريـق بالطلاق بسبب اللعان أو العنة أو إباء الزوج عن الإسلام عند إسـلام زوجتـه ، يبقـى الحكم فيه على مذهب أبى حنيفة(١) .

حكم الطلاق الرجعى والبائن :

الطلاق الرجعى هو الذى يوقعه الزوج على زوجته التى دخل بها حقيقة ، ايقاعا مجردا عن أن يكون فى مقابلة مال ، ولم يكن مسبوقا بطلقة أصلا ، أو كـان

---

(١) إما مذهب الحنفية الذى كان عليه العمل قبل صدور القانون المشار إليه ، فإنه وان كان يتفق مع القانون فى الحالات الثلاث الأولى والثانية والثالثة ، من الحالات الاربع المذكورة فى ان الطلاق فيها يكون بائنا إلا انه يزيد عليها الحالات الآتية :

١- إذا وصف الطلاق بوصف يدل على الشدة والقوة ، كـأن يقـول : أنـت طـالق بـائن ، أو أنـت طالق طلقة شديدة أو قوية أو كالجبل .

٢- إذا كان بلفظ يدل علـى الانفصـام التـام ، سـواء أكـان مـن الكنايـات : كـأنت بـائن ، أو مـن الصريح ، كأنت خالصة ، وأنت على حرام ، أو يقول : على الحرام لافعلن كذا .

٣- إذا اقترن الطلاق بصيغة افعل تفضيل ، كأنت طالق افحش الطلاق أو اشده ، هـذا هـو مذهـب الحنفية فيما يكون بائنا وماعدا ذلك من انواع الطلاق يكون رجعيا وقد استدلوا على ان الطـلاق بـائن فى الاحوال المذكورة هذه ، بأن المطلق استعمل لايقـاع الطلاق صيغة لاتـدل علـى الرجعـى ، لأن اللفظ الذى عبر به أو الوصـف الذى وصف به أو التشبيه الذى شبه به ينافى الرجعى ، وبما ان الطـلاق يتنوع إلى رجعى وبائن وهو قد استعمل صيغة لاتحتمل الرجعى فيتعين البائن .

مسبوقا بطلقة واحدة ، وحكمه أنه سواء أكان أول الطلقات أم ثانيها ، فإنه لايغير شيئا من أحكام الزوجية ، مادامت الزوجة فى العدة إلا أنه ينقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته بمعنى أنه متى وقعت طلقة رجعية فإن كانت الأولى لم يبق للزوج إلا طلقتان ، وإن كانت الثانية ، لم يبق له إلا واحدة . وعلى ذلك لايزيل الملك ولايرفع الحل[1]، ويترتب على عدم زوال الملك ، أن له أن يعاشرها معاشرة الازواج بدون عقد ومهر جديدين ، ويكون بذلك مراجعا لها مادامت فى العدة .

وإذا مات أحدهما فى أثناء العدة ورثة الآخر ، كذلك لايحل بالطلاق الرجعى المهر المؤجل لأقرب الاجلين بالطلاق أو الوفاة لأن هذا الطلاق لاينهى الزواج بمجرد صدوره بل ينهيه بعد انتهاء العدة من غير مراجعة . وإذا مضت مدة العدة من غير مراجعة كان الرجعى بائنا من كل الوجوه .

حكم الطلاق البائن :

إذا كان الطلاق البائن بينونة صغرى ، فحكمه ، أنه يزيل الملك ولايرفع الحل ، ويترتب على زوال الملك أنه لايحل لأحد الزوجين الاستمتاع بالآخر أوالخلوة به وتكون منه بمنزلة الاجنبية ولو كانت فى العدة ويحل بالطلاق البائن مؤخر الصداق ويمتنع التوارث بينهما .

فإذا مات أحدهما ولو فى العدة لايرث الآخر ، سواء كان الطلاق فى الصحة أو فى المرض ، إلا إذا كان المريض مريضا مرض الموت قصد بطلاق زوجته وهو مريض مرض الموت حرمانها من أن ترث منه وتوافرت الشروط لاعتبار الزوج فارا من أن ترث منه بطلاقه إياها فإنه فى هذه الحالة يعامل بنقيض مقصوده وترث منه ، على ما هو مفصل فى الميرات .

---

(1) معنى انه لايزيل الملك ، ان حقوق الزوجية ثابته فى مدة العدة لكلا الزوجين ومعنى انه لايرفع الحل ان المطلقة لاتزال حلالا غير محرمة على مطلقها فالمطلقه لها ان يراجعها ان كان له حق المراجعة وإلا فله ان يعقد عليها بالزواج مرة اخرى إذا خرجت من العدة بدون مراجعة .

ويترتب على عدم رفع الطلاق البائن بينونة صغرى الحل ، أن للمطلق أن يعقد عليها في أثناء العدة وبعد انقضائها ، بعقد ومهر جديدين بإذنها ورضاها .

وأما إذا كان بينونة كبرى ، وهو ماكان مكملا للثلاث فحكمه أنه يزيل الملك والحل معا فيحل به مؤخر المهر ، ويمتنع التوارث بينهما ، وتعد من المحرمات عليه مؤقتا حتى تتزوج زوجا آخر غيره ، ويدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا ، ثم يطلقها وتنقضي عدتها منه ، لقوله تعالى : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا أن ظنا أن يقيما حدود الله ﴾ .

الرجعة

الرجعة هي : رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن فى العدة على وجه مخصوص.

مشروعية الرجعة : الرجعة مشرعة بالكتاب وبالسنة ، وبالاجماع أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك﴾[1] فقد دلت هذه الآية على أن أزواج المطلقات رجعيا أحق بردهن ، فى زمن التربص وهو العدة ، لأن الرد معناه الإعادة والبعل هو الزوج . وذلك يدل على بقاء النكاح ، إذ لاقدرة لأحد على تملك الأجنبية بغير رضاها .

وأما السنة : فقول النبى ﷺ: ﴿ أتانى جبريل فقال : راجع حفصة ، وكان قد طلقها رجعيا ، فإنها صوامة قوامة ، وأنها زوجتك فى الجنة ﴾ ، وقوله ﷺ لعمر حينما طلق ولده عبد الله زوجته : ﴿ مر ابنك فليرجعها ﴾ وقد أجمع العلماء على أنه إذا طلق الزوج زوجته بعد الدخول بها طلقة رجعية ، أوتطليقتين كذلك أنه أحق برجعتها ولو كرهت المرأة ذلك ، فإن لم يراجع حتى انقضت العدة صارت أجنبية عنه ، فلا تحل له إلا بنكاح مستأنف .

شروط الرجعة :

يشترط لصحة الرجعة ثلاث شروط :

الأول – أن يكون الطلاق رجعيا ، فإن كان الطلاق بائنا لاتصح الرجعة ، لأن الطلاق البائن يزيل الملك فى الحال بمجرد صدوره ، فتملك المطلقة أمرها ، ولايستطيع الزوج أن يعيدها إلى الزوجية إلا بعقد جديد .

---

(1) آية ٢٢٨ البقرة.

الثانى – أن تكون قبل إنقضاء العدة ، فإذا إنقضت العدة صار الطلاق الرجعى بائنا وبالتالى لايكون للمطلق حق فى عودتها بطريق الرجعة ، بل لابد لإعادة زوجيتهما من عقد ومهر جديدين. [1]

الثالث – أن تكون منجزة ، كقول الزوج : راجعت زوجتى إن لم تكن مخاطبة أو راجعتك إن كانت مخاطبة ، فإذا كانت الرجعة مضافة إلى زمن مستقبل، بأن قال : راجعت زوجتي بعد عشرة أيام مثلا ، أو معلقة على شرط مستقبل ، بأن قال : إن سافرت فقد راجعت امرأتى ، فلا تصح الرجعة ، لأن الرجعة وإن لم تكن انشاء زواج جديد هى شبيهة بالزواج من حيث إنها انشاء لما يفيد دوام الزواج واستمراره[2].

ولا يشترط لصحة الرجعة : الطواعية والجد والقصد لقوله ﷺ: ﴿ ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة﴾ ، فتصح الرجعة من المكره والهازل والمخطه على نحو مابينا فى الطلاق ، ولا يشترط لصحة الرجعة إعلام الزوجة بها أو رضاها لأن الرجعة كما قلنا ليست إنشاء زواج جديد بل هى استدامة ملك الزواج الأول .

غايته أنه يستحب للزوج أن يحيطها علما بأنه راجعها حتى لاتتزوج غيره بعد انقضاء العدة ظنا منها أنها بانت بانقضائها .

---

(1) واقل مدة تصدق فيها الزوجة ان عدتها انقضت ستون يوما لانها تحتاج إلى ثلاث حيضات كاملات يتخللها طهران فللحيضات الثلاث ثلاثون يوما بمراعاة اكثر مدة الحيض وهى عشرة أيام وللطهرين ثلاثون يوما بمراعاة اقل مدة للطهر وهى خمسة عشر يوما فإذا مضى عليها من تاريخ طلاقها ستون يوما فاكثر وادعت انقضاء عدتها صدقت بيمينها ولا تصح الرجعة بعد ذلك وإذا مضى عليها من تاريخ طلاقها اقل من ستين يوما لا تصدق فى دعواها انقضاء عدتها وتصح مراجعتها .

(2) إذا كان مدلول فعل الشرط محققا اى موجودا وقت التكلم صحت الرجعة فإذا قال الزوج ان كنت فعلت ما امرتك به فقد راجعتك ، وكانت قد فعلته كانت رجعته صحيحة لأن مدلول فعل الشرط محقق فعلا ، والتعليق ظاهريا فقط ، فهو منجز فى الحقيقة .

الاشهاد على الرجعة :

جمهور الفقهاء على أنه لايشترط الاشهاد على الرجعة ، بل يستحب فقط[1]، لقوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ فامسكوهن بمعروف ﴾ ، – وقوله تعالى . ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ فلا جناح عليهما أن يتراجعا ﴾ ، فقد دلت هذه الآيات على أنه لايشترط الإشهاد على الرجعة . لإنها جميعا مطلقة لم تقيد الرجعة بالإشهاد ، فوجب العمل بها لأن المطلق يجرى على إطلاقه مالم يوجد مايقيده ولم يوجد هذا القيد من الكتاب أو السنة أو غيرهما من سائر الأدلة .

وأما السنة : فأمره ﷺ لابن عمر أن يراجع امرأته من غير أن يذكر الاشهاد فلو كان الإشهاد واجبا لذكره . وأما كون الإشهاد مستحبا على الرجعة ، فالغاية منه هو التحرز والاحتياط في أمر الرجعة ليتأتى له إثباتها عند إنكار الزوجة وللابتعاد بنفسه عن الوقوف في مواضع التهم لأن الناس عرفوه مطلقا فيتهم بالوجود معها .

ماتتم به الرجعة :

تتم الرجعة بواحد من أمرين :

الأول : بالقول صريحا أو كناية :

فالصريح : هو اللفظ الذى لايحتمل معنى أخر سوى الرجعة كقوله راجعت زوجتى أو أمسكتها أو رددتها فتحصل بذلك الرجعة نوى أو لم ينو .

والكناية : هى اللفظ الذى يحتمل الراجعة وغيرها ، كقوله : أنت امرأتى أو أنت عندى الأن كما كنت فإن كلا من هذين اللفظين كما يحتمل معنى الرجعة

---

(1) ذهب الائمة مالك فى رواية والشافعى فى القديم واحمد فى رواية :"إلى انه يجب الاشهاد على الرجعة لقوله تعالى : " فإذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوى عدل منكم" .

يحتمل أنها بعد الطلاق كما كانت قبله وهو أنها بمنزلة امرأته من العناية بها والرعاية لها ، فلا تتم الرجعة إلا بالنية أو دلالة الحال .

الثاني : الفعل الموجب لحرمة المصاهرة كالاتصال الجنسي أو التقبيل أوالمس بشهوة ، لأن حصول هذا الفعل من المطلق ، يدل على رغبته فى التمسك بها[1].

الاختلاف فى الرجعة :

الاختلاف بين الزوجين بشأن الرجعة قد يكون فى حصول الرجعة أو عدم حصولها ، وقد يكون فى صحة المراجعة وعدم صحتها مع اتفاقهما على حصولها .

فإن كان الاختلاف بينهما في حصولها وعدم حصولها ، بأن إدعى أنه راجعها وأنكرت الزوجة دعواه، فإن كان هذا النزاع والزوجة لاتزال فى العدة فالقول للزوج ، لأنه يخبر عن أمر يملك إنشاءه فى الحال فلا معنى لتكذيبه فيه .

وإن كان هذا النزاع بعد إنقضاء العدة ، فالبينة على مدعى الرجعة وهو الزوج ، فإن لم تكن له بينة فالقول للزوجة بيمينها .

أما إن كان النزاع بينهما فى صحة الرجعة ، فإن إدّعى الزوج أنها صحيحة لأنه راجعها في زمن العدة ، وأنكرت هى صحتها لوقوعها منه بعد إنقضاء العدة فالقول للزوجة بيمينها إذا كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى فيه انقضاء عدتها يحتمل ذلك بأن كان ستين يوما فاكثر إلا إذا أقام الزوج بينة على أنه راجعها قبل انقضاء العدة .

---

(1)ذهب المالكية إلى ان الفعل لاتكون به الرجعة إلا بالنية كان يطأها بنية الرجعة . وذهل الشافعية واحمد فى رواية ، إلى ان الرجعة لاتكون بالفعل ، ولاتكون إلا بالقول فلا تحصل ابدا بالوطء ومقدماته وان نوى بذلك الرجعة .

زواج التحليل

اتفق الفقهاء على أن من طلق زوجته ثلاثا ، أنها لاتحل له حتى تنكح زوجا آخر غيره نكاحا صحيحا شرعا ، ويدخل بها الزوج الثانى دخولا حقيقيا[1] ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضى عدتها منه شرعا ، لقوله تعالى ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾[2] وانفراد الط... ، ولافرق فى ذلك بين كون المطلقة ثلاثا مدخولا بها أو غير مدخول ، لصريح إطلاق النص .

وعلى ذلك فمن طلق زوجته ثلاثا وتزوجت بآخر على الوجه المشار إليه ثم طلقها هذا الآخر أو مات عنها وانقضت عدتها منه فإنها تكون حلالا لزوجها الأول، فيجوز له شرعا أن يتزوجها من جديد ، ولو كانت نية الزوج الثانى أو نية الزوجة قد انصرفت إلى التحليل وليس الدوام والاستمرار ، لأن النية المجردة عن التصريح بما يكون فى النفس لاتأثير لها فى صحة العقود والتصرفات بل الرجل يكون مأجورا إذا كان قصده الاصلاح بين الزوجين[3].

أما إذ تزوجا بشرط التحليل ، بأن يذكر عند العقد أنه يتزوجها أو تتزوجه بشرط التحليل ، وليس الدوام والاستمرار فقد اختلف الفقهاء فى حكمه .

فذهب محمد بن الحسن إلى أن النكاح بشرط التحليل صحيح إلا أنها لاتحل للأول ، لأن شرط الحل شرط فاسد ، والشرط الفاسد إذا اقترن بعقد الزواج فإنه وحده يبطل ويكون النكاح صحيحا .

---

(1) شرط الدخول الحقيقى ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم ، حينما سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره ثم طلقها قبل ان يباشرها ، اتحل لزوجها الأول ؟ قال : " لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ماذاق الأول " ، كما ثبت ايضا بالاجماع . انظر الفتح على الهداية جـ ٣ ص ١٧٥

(2) فى رد المحتار جـ٢ صـ٤٣٦ ما نصه : ظن أنه وقع الثلاث على امرأته بافتاء من لم يكن أهلا للفتوى وكتب فى الصك ، ثم استفتى من هو أهل للفتوى ، فافتى بأنه لا يقع فله ان يعود إليها ديانة ، ولكن لا يصدق قضاء.

(3) انظر رد المحتار جـ٢ صـ٥٥٥ .

وأما أنها لاتحل للأول ، فلانهما استعجلا الحل قبل الأوان ومن استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه معاملة له بنقيض مقصوده ، كما فى قتل المورث .

وذهب أبو يوسف إلى أن زواج التحليل نكاح فاسد ، لانه فى معنى النكاح المؤقت والمؤقت فى معنى المتعة أو هو المتعة نفسها فيكون نكاحا فاسدا لايحلها للأول . فقد روى أن رجلا جاء إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له ليحلها لاخيه ، هل تحل للأول ؟ قال : لا ، إلا نكاح رغبة ، كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله ﷺ.

وذهب أبو حنيفه إلى أن النكاح بشرط التحليل صحيح يترتب عليه أثره وهو حلها للزوج الأول إلا انه مكروه تحريما بسبب مقارنة هذا الشرط الفاسد، يقول النبى ﷺ﴿ لعن الله المحلل والمحلل له ﴾ .

فهذا الحديث قد دل على أن النكاح بشرط التحليل صحيح لانه سماه محللا والمحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا ، وكونه ملعونا لايستلزم الفساد ، بل يستلزم الحرمة وجزاؤها العقاب الآخروى ، ولاتلازم بين لزوم الاثم والصحة فالحكم بالصحة مع لزوم الاثم واقع فى الأحكام الشرعية عبادة ومعاملة .

والراجح ماذهب إليه أبو حنيفة وهو أن الزواج بشرط التحليل صحيح ويحلها للأول وعليه يجرى العمل بالمحاكم لكنه لايجبر على طلاقها لو لم يطلقها من تلقاء نفسه لأن شرط التحليل شرط فاسد فلا يعول عليه .

وما روى عن ابن عمر أن الزواج بشرط التحليل لايحلها للزوج الأول . فهو رأى له لم يرفعه إلى النبى ﷺ فلا يكون حجة ولايعارض الحديث المرفوع إلى النبى ﷺ[1] – وهو لعن الله المَحَلل والمُحلل له .

---

(1) رد المحتار جـ٢ صـ٥٥٥ ، ٧٥٥ ، الفتح على الهداية جـ٣ صـ١٧٨.

هدم النكاح الثانى طلاق الزوج الأول :

إتفق الفقهاء على أن من طلق زوجته ثلاث تطليقات وتزوجت بغيره ثم طلقها ذلك الغير بعد أن دخل بها وانقضت عدتها منه ، ثم عادت إلى زوجها الأول، أنها تعود إليه بحل جديد يملك فيه ثلاث تطليقات جديدة، أما الطلقات الثلاث التى كان قد أوقعها عليها من قبل فقد هدمها النكاح الثانى واعتبرت كأن لم تكن.

ثم اختلفوا فيمن طلق زوجته تطليقة أو تطليقتين - وانقضت عدتها منه وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول بعد أن دخل بها الزوج الثانى[1]. فقال أبو حنيفة وأبو يوسف إنها تعود إلى زوجها بثلاث تطليقات ويبطل الزواج الثانى مأوقع من الطلقة أو الطلقتين فيجعلها كأن لم يكونا لأن الزواج الثانى إذا هدم الثلاث فما دونها أولى أن يهدم .

وقال محمد وزفر والائمة الثلاثة ، أن الزواج الثانى يهدم الثلاث فقط ولايهدم الطلقة أو الطلقتين ، لأن المطلقة ثلاثا صارت من المحرمات على مطلقها حتى تتزوج بغيره بنص قوله تعالى : ﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيرها** ﴾ .

فإذا تزوجت بهذا الغير فقد زالت الحرمه ومن ثم يملك عليها ثلاث تطليقات جديدة ..

أما من طلق زوجته طلقة أو طلقتين فإن حلها له مايزال باقيا لم ينته بعد ولو لم تتزوج بغيره ، ولو تزوجها قبل أن تتزوج بغيره ، أو بعد أن تزوجت بغيره قبل أن يدخل بها ذلك الغير عادت إليه بما بقى لها من التطليقات اتفاقا فكذلك لو تزوجت ودخل بها لاتعود إليه إلا بما بقى من الطلقات فإن كان قد طلقها فى

---

(١) اما إذا لم يدخل بها الزوج الثانى ، فإنه لا يهدم حكم الطلقة أو الطلقتين اجماعا.

الزواج الأول طلقة واحدة عادت إليه بطلقتين ، وإن كان قد طلقها اثنتين عادت له بواحدة .

هذا ومسألة الهدم هذه قد وقع فيها خلاف الصحابة رضوان الله عليهم ، فقد روى عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود القول بأن الثانى يهدم مادون الثلاث كما يهدم الثلاث .

وروى عن عمر وعلى وأبى بن كعب وعمران بن الحصين أن مادون الثلاث لايهدم ماقبله .

ورجح صاحب الفتح وغيره[1] ماذهب إليه محمد وزفر والائمة الشافعى ومالك بن حنبل ، لكن المتون كما يقول ابن عابدين على ترجيح قول الامام[2].

الحلف بالطلاق :

الحلف بالطلاق وهو ما قصد به توثيق الامتناع عن ترك شئ كقوله على الطلاق لا أشرب الدخان أو تقوية العزم على فعل شئ فى المستقبل كقوله : " على الطلاق لاحجن فى العام القادم ، أو كأن يقول : على الطلاق مافعلت كذا أو ماقلت كذا ، قاصدا بذلك تأكيد مايخبر به حتى يصدق فى كلامه .

ومن ذلك قوله : على الطلاق أو على الحرام أن ثمن هذا الشئ كذا ، أواشتريت هذا الشئ بكذا .

هذا هو تصوير الحلف بالطلاق من حيث صيغته .

حكمه : إختلف الفقهاء فى حكم الحلف بالطلاق فذهب جمهورهم ومنهم الائمة الأربعة إلى أنه يقع به الطلاق إذا حنث الحالف فى يمينه لأن

---

(1) فقد رجحه صاحبا البحر والنهر كما رجحه المقدسى والشرنبلالى والرملى والحموى وشارح التحرير المحقق ابن امير حاج كما رجحه صاحب الدر المختار.

(2) فقد رجحه صاحب متن الملتقى ونقل ترجيحه العلامة قاسم عن جماعة من اصحاب الترجيح.

انظر : رد المحتار على الدر المختار جـ٢ صـ٥٥٦، ٥٥٧، الفتح والعناية على الهداية جـ٣ صـ١٧٨، مجمع الانهر جـ١ صـ٤٤٠، ٤٤١.

الحلف بالطلاق فى معنى الطلاق المعلق ، فمن قال : على الطلاق لا أشرب الدخان كان فى معنى إن شربت الدخان فزوجتى طالق ، لأن ذلك أصبح فاشيا فى العرف فى إستعمال الطلاق وإن لم يكن منه تعليق .

وذهب داود الظاهرى والقفال من الشافعية وبعض أصحاب أحمد ، إلى أن الحلف بالطلاق فى معنى اليمين بالطلاق وأنه لايقع به شئ من الطلاق على زوجة الحالف ، لأن الطلاق لابد فيه من إضافته إلى المرأة ولم توجد هذه الاضافة ، ولأن هذه أيمان مستحدثه مبتدعه لم تجر على ألسنة السلف ، بل حدثت بعد انقراض عهد الصحابة ، وحين أكثر الناس من الحلف بها في عهد التابعين افتي كثيرون منهم بأنه لايقع بها شئ من الطلاق فقد روى عن طاووس أنه قال : ليس الحلف بالطلاق شيئا وصح عن عكرمة فى أيمان الطلاق أنه قال : إنها من خطوات الشيطان لايلزم بها شئ وروى عن شريح قاضي أمير المؤمنين عن على بن أبى طالب أنه قال : لايلزم بايمان الطلاق شئ .

مايجرى عليه العمل بالنسبة للحلف بالطلاق :

كان العمل بالمحاكم قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يجرى بالنسبة للحلف بالطلاق على أرجح الاقوال من المذهب الحنفى ، الذى يرى وقوع طلاق الحالف إذا حنث في يمينه الأمر الذى تسبب عنه أن وقع الناس فى حرج شديد وبخاصة وأن الناس صاروا يحلفون بالطلاق لأتفه الأسباب ، ومن ثم كانوا فى ظل هذا القانون بين أمرين : إما أن يستهينوا بالمحرمات فيجترحوها ، ويعيشوا مع زوجاتهم عيشة يعتقدون حرمتها ، وإما أن يحرموا أزواجهم عليهم إذا وصل العدد إلى الثلاث ، ويحتالوا للتحليل ، وفى كل من المفاسد مالايخفى.

ومن الواجب حماية الشريعة المطهرة وحماية الناس من الخروج عليها وقد تكلفت بسعادة الناس دنيا وأخرى وأنها بإصولها تسع الأمم فى جميع الأزمنة والأمكنه متى فهمت على حقيقتها وطبقت عن وعى وبصيرة ومن السياسة الشرعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها وأن يرجع إلى أراء العلماء لمعالجة

الأمراض الاجتماعيه كلما استعصى مرض منها حتى يشعر الناس بأن فى الشريعة مخرجا من الضيق وفرجا من الشدة . لهذا عدل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ عن مذهب الحنفية ومذهب جمهور الفقهاء إلى غيره من الأراء الفقهية ولم يعتد بالحلف بالطلاق واعتبر أن اليمين فى الطلاق وما فى معناه لاغ لايعتد به .

وجاء بالمذكرة التفسيريه للمادة الثانية من القانون المشار إليه أنه قد أخذ فى الغاء اليمين بالطلاق برأى متقدمى الحنفية وبعض متأخريهم وهذا موافق لرأى الامام على وشريخ وداود وأصحابه وطائفة من الشافعية والمالكية .

الطلاق الثلاث : بلفظ الثلاث أو بالتتابع :

الطلاق الثلاث : هو ما اقترن بعدد الثلاث [illegible] أو إشارة للمدخول بها وعيرها . مثل أن يقول الرجل لامرأته : أنت طالق ثلاثا . أو أنت طالق هكذا ويشير بأصابعه الثلاثة مرفوعه .

أما الطلاق المتابع : فهو ماتكرر فيه لفظ الطلاق تمام ثلاث مرات فى كلام واحد فى مجلس واحد للمدخول بها كأن يقول لها أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق .

حكمه :

سبق أن عرضنا لحكم الطلاق الثلاث من حيث كونه بدعة أو سنة ورجحنا ثمة أنه بدعة محرمة وأن فاعله آثم لمخالفته الطريقة التى أمر الله تعالى ورسوله باتباعها فى إيقاع الطلاق .

ونعرض فيما يلى لأقوال الفقهاء وأدلتهم من حيث وقوعه وعدد مايقع به وحكم القانون فى ذلك .

أولا : أقوال الفقهاء وأدلتهم :

اختلف الفقهاء في حكم الطلاق الثلاث في نطق واحد أو متكرر في كلمات في مجلس واحد على ثلاثة أقوال :

القول الأول – ان من طلق ثلاثا بكلمة واحدة أو متكررا في مجلس واحد، وقع ثلاثا وحرمت عليه زوجته حتى تنكح زوجا غيره ٠

ذهب إلى ذلك الأئمة الاربعة وجمهور التابعين وكثير من الصحابة رضي الله عنهم[1].

القول الثاني : أن من طلق ثلاثا بكلمة واحدة ، أو متكررا في كلمات في مجلس واحد لايقع به شئ من الطلاق على زوجة الحالف ٠

ذهب إلى ذلك بعض الامامية وبعض الزيدية ، والاباضية وإليه ذهب بعض الظاهرية كما حكى عن بعض التابعين[2].

القول الثالث : أن من طلق ثلاثا بكلمة واحدة أو متكررا في كلمات في مجلس واحد يقع به واحدة رجعية فقط ٠

ذهب إلى ذلك بعض الامامية وبعض الزيدية وكثير من المتأخرين منهم شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم وكثير من المحققين وهو مرى عن ابن عباس وعلى وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير بن العوام[3].

---

(1) انظر سبل السلام جـ٣ صـ١٧٤، المغنى لابن قدامة جـ٨ صـ٢٤٣، الفتح على الهداية جـ٣ صـ٢٥.

(2) الفتح على الهداية جـ٣ صـ٣٤ ، نيل الأوطار جـ٦ صـ٢٦٠ ، سبل السلام جـ٣ صـ١٧٠ .

(3) كذلك نقله ابن مغيث في كتاب الوثائق عن محمد بن وضاح ، ونقل الفتوى بذلك عن جماعة من مشايخ قرطبة كمحمد بن بقى ومحمد بن عبد السلام وغيرهما ونقله ابن المنذر عن اصحاب ابن عباس كعطاء وطاوس وعمر بن دينار -انظر نيل الأوطار جـ٦ صـ٢٦٠ وأحكام القرآن للقرطبي جـ٢ صـ١٣٢، الفتح على الهداية جـ٣ صـ٢٤،٢٥.

الأدلـــة :

أولا : استدل القائلون بوقع الثلاث بالنسبة والمعقول :

أما السنة : فأولا : بما أخرجــه عبـد الـرازق فـى مصنفـه عـن عبـادة بـن الصامت قال : طلق جدى امرأة له الــف تطليقـه ، فـإنطلقت فسـألت النبـى ﷺ، فقال ﷺ: ﴿ما اتقى ا لله جدك ، أما ثلاث فله ، وامـا تسـعمائة وسـبع وتسـعون فعدوان وظلم ، إن شاء ا لله عذبه ، وإن شاء غفر له ﴾ ، وفــى روايـة أن أبـاك لم يتق ا لله فيجعل له مخرجا بانت منه بثلاث علــى غـير السـنة ، وتسـعمائة وسـبع وتسعون إثم فى عنقه[1].

وجه الدلالة : دل هذا الحديث على حكم رسول ا لله ﷺ فيمن طلق ثلاثـا يحسب عليه ثلاثا وتبين منه امرأته

أجيب عن هذا الحديث ، بأنه ضعيف لايصح للاستدلال[2]، فقد ثبت أن والد عبادة بن الصامت لم يدرك الإسلام فكيف بجده .

ثانيا : بما روى عن عبد ا لله : بن عمر رضى ا لله عنهما أنــه طلـق امرأتـه وهى حائض ثم أراد أن يتبعها بطلقتين أخريين عند القرأين البـاقين ، فبلـغ ذلـك رسـول ا لله ﷺ فقـال : يـاابن عمـر مـاهكذا أمـرك ا لله ، اخطـأت السـنة وذكـر الحديث، إلى أن قال ابن عمر : يارسـول ا لله لـو كنـت طلقتهـا ثلاثـا أكـان لى أن أراجعها قال : " لا كانت تبين وتكون معصية "[3] .

---

(1) وهذا الحديث رواه يحي بن العلاء عن عبد ا لله بن الوليد الرصافى عن ابراهيـم بـن عبـد ا لله بـن عبـادة بـن الصامت عن داود عن عبادة بن الصامت . انظر نيل الأوطار جـ٦ صـ٢٦١.

(2) ويتمثل ضعفه فى ان فى اسناده يحي بن العلاء وهو ضعيف وعبد ا لله ابن الوليد وهـو هـالك وابر هيـم بـن عبد ا لله وهو مجهول ، فاى حجة فى رواية ضعيف من هالك عن مجهول.

(3) الفتح على الهداية جـ٣ صـ٢٦، نيل الأوطار جـ٦ صـ٢٥٦؛ زاد المعاد لابن القيم جـ٤ صـ٥٦.

وجه الدلالة فى الحديث أن النبى ﷺ أوضح فيه لابن عمر أن الطلاق الثلاث تبين به المرأة ولو كان زمن إيقاعه محرما وغايته أن فاعله يكون آثما لمخالفة السنة ٠

أجيب على وجه الدلالة فى الحديث : بأن قول ابن عمر لرسول الله ﷺ: لو كنت طلقتها ثلاثا أكان لى أن أراجعها وقول الرسول ﷺ له : لاكانت تبين منك وتكون معصية زيادة ووصلة جاءت من رواية شعيب ابن زريق وهو ضعيف فلا يصح للاستدلال ٠

وعلى فرض التسليم بصحة الحديث ، فليس حجة ايضا ، لأن قول ابن عمر : لو طلقتها ثلاثا ، بمنزلة لو سلمت ثلاثا أو اقررت ثلاثا ونحوه مما لايعقل جمعه[1].

ثالثا : بما اخرجه الترمذى ، وغيره عن ركانة بن عبد الله أنه طلق امرأته البتة فأخبر النبى ﷺ بذلك وقال ما أردت إلا واحدة ، فقال رسول الله ﷺ: والله ما أردت إلا واحدة ، قال ركانة والله ما أردت إلا واحدة ، فردها إليه رسول الله ﷺ وطلقها الثانية فى زمن عمر ابن الخطاب والثالثة فى زمن عثمان[2].

وجه الدلالة فى الحديث أن تحليف الرسول ﷺ ركانة ، دليل على عدم مساواة أفراد الطلقة وجمعها ثلاثا في نطق واحد ، وإلا كان تحليف الرسول ﷺ لامعنى له ، وحاشاه عن ذلك ، لانه لاينطق عن الهوى ٠

أجيب على هذا الحديث بأنه ضعيف ، وصفه الأمام أحمد بأن طرقه كلها ضعيفة كذلك ضعفه البخارى وهو مع ضعفه مضطرب ومعارض بما هو أوثق وأوضح منه[3]، ومن ثم فلا يصح للاستدلال ٠

---

(1) زاد المعاد: جـ٤، صـ٥٩.

(2) نيل الأوطار جـ٦ صـ٢٥٥.

(3) اما ضعفه فلانه فى استاده الزبير بن سعيد الهاشمى وقد ضعفه غير واحد من ائمة الحديث ، وقيل انه متروك، واما انه مضطرب فلانه كما يقول الترمذى عن البخارى تاره يقال فيه ثلاثا وتاره واحدة وتارة البتة. واما انه معارض فلانه عورض بما اخرجه احمد من ان ركانه طلق امرأته ثلاثا كما سيأتى ، ومعارض بما روى عن ابن عباس ان طلاق الثلاث كان واحدة ، وسيأتى وهو اصح اسنادا وأوضح متنا.

رابعا : بالفتاوى الكثيرة التى رويت عن فقهاء الصحابة بوقوع الثلاث بلفظ الثلاث ، ومنها – ما رواه أبو داود عن مجاهد قال : كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال إنه طلق امرأته ثلاثا فسكت حتى ظننت انه رادها إليه، ثم قال ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ، ثم يقول: يا ابن عباس ، يا ابن عباس وإن الله قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا ، وانك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجا عصيت ربك فبانت منك امرأتك .

وفى موطأ مالك ، بلغه أن رجلا قال لعبد الله بن عباس أنى طلقت امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى على ، فقال ابن عباس طلقت منك ثلاثا ، وسبع وتسعين اتخذت بها آيات الله هزوا . وجاء رجل إلى عثمان بن عفان رضى الله عنه فقال: طلقت امرأتى الفا فقال : بانت منك بثلاث . كما روى أن ابن مسعود قال لمن قال له إنى طلقت امرأتى تسعا وتسعين : ثلاث تبينها منك وسائرهن عدوان ، ومثل ذلك روى عن عمر وأبى هريرة وعبدا لله بن عمرو بن العاص وعلى بن أبى طالب ، فهؤلاء أصحاب رسول الله ﷺ، قد افتوا بوقوع الثلاث جملة ، وكفى بهم حجة .

وقد اجيب عن ذلك : بأن الاستدلال بفتاوى الصحابة – معارض بفتاوى كثير منهم أن الطلاق بلفظ الثلاث – واحدة ، وجميعا أقوال لاتقوم بها حجة .

ثانيا : استدل القائلون بأنه لايقع بالطلاق الثلاث بلفظ الثلاث أو بالتتابع شئ من الطلاق على زوجة الحالف ، بأن الطلاق بلفظ الثلاث طلاق بدعى خالف فيه المطلق أمر الله ورسوله ، فيكون حراما وماكان كذلك يكون مردودا لعدم مشروعيته يقول ﷺ﴿ من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ﴾[1].

وقد اجيب عن ذلك : بأن معنى الرد فى الحديث ، عدم الثواب عليه وعدم قبوله ، ولايلزم من عدم القبول عدم صحة العمل إذا وقع فبان الصلاة فى الأرض المغصوبة أو الثوب المسروق صحيحة ، ولكن لاثواب عليها ولأن كون الطلاق بلفظ الثلاث غير مشروع لأنه بدعة ليس لذاته ، بل لمعنى فى غيره وهو إمكان

---

(١) نيل الأوطار جـ٦ صـ٢٦٣ ، وزاد المعاد جـ٤ صـ٥٤.

التدارك عند الندم ، وبرد الطلاق المثلث إلى الطلقة الواحدة لاتفوت معه المشروعية لأن المطلق حينئذ يستطيع ان يرد إليه زوجته مرة ثانية إذا ندم .

ثالثا : استدل القائلون بأن الطلاق المتعدد يقع به طلقة واحدة رجعية ، بالكتاب والسنة ، اما الكتاب ، فأولا : قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾.[1]

وجه الدلالة أن الله تعالى بين في هذه الآية أنه لم يشرع إيقاع الثلاث جملة ، بل مرة بعد مرة وأن ذكره تعالى الطلاق مفرقا يدل على أن المطلق إذا جمع أنه لفظ واحد يرشح هذا المعنى، أن العرب لاتعقل في لغتها وقوع المرتين إلامتعاقبتين كما قال النبيﷺ: من سبح الله دبر كل صلاة ثلاثا وثلاثين وحمده ثلاثا وثلاثين وكبره أربعا وثلاثين فإنه لايعقل من ذلك إلا التسبيح والتحميد والتكبير المتعاقب الذى يتلو بعضه بعضا فلو قال في نطق واحد سبحان الله ثلاثا وثلاثين وفي آخر الحمد لله ثلاثا وثلاثين وفي ثالث الله أكبر أربعا وثلاثين لم يكن مسبحا ومكبرا ومحمدا إلا ثلاثا فقط .

فقول المطلق ثلاثا بعد قوله أنت طالق ، لامعنى له لانه لم يطلق ثلاث مرات ، ويكون نظير من قال احلف بالله ثلاثا فإنه لايكون حالفا إلا يمينا واحدة فقط[2].

ثانيا : قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاث قروء ولايحل لهن أن يكتمن ماخلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر ، وبعولتهن أحق بردهن﴾[3] .

---

(1) آية ٢٩ سورة البقرة.

(2) انظر أحكام القرآن للقرطبي جـ٣ صـ١٣٢،١٣٣.

(3) آية ٢٢٨ سورة البقرة .

وقوله تعالى : ﴿ يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهـن لعدتهـن ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ﴾[1] .

فقد دلت هاتان الآيتان على أن كـل طـلاق بعـد الدخـول سـوى الثـالث المطلق أحق فيه بالرجعة فلو كان جمع الثلاث بلفظ واحد يحرمها عليـه ، لمـا كـان أحق بالرجعة .

والله تعالى شرع الطلاق على أكمـل الوجـوه وانفعهـا لـلرجل والمـرأة فـإنهم كانوا فى الجاهلية لم يكن عندهم للطلاق عدد يطلق أحدهم المرأة ما شاء من الطـلاق ثم يراجعها قبل انقضاء عدتها ماشاء وفي ذلك مـن الاضـرار بـالمرأة مافيـه ، فنسخ الله ذلك بثلاث، وقصر الزوج عليها وجعله أحق بالرجعة ، مالم تنقض عدتها فإذا استوفى العدد الذى ملكه حرمت عليه ، فكان فى هذا رفقا بالرجل حيث لم تحـرم عليه بأول طلقة ، وبالمرأة حيث لم يجعل إليه اكثر من ثلاث، فهذا هـو شرع الله تعالى وهذه هي حكمته ، فلو حرمت عليه بأول طلقـة يطلقهـا ولـو بلفـظ الثـلاث ، لكان خلاف شرع الله ولكنه وهو لم يملك إيقاع الثلاث جملة ، بل إنما ملك واحدة فالزائد عليها غير ماذون فيه[2].

أما السنة : فأولاً : ما أخرجه الإمام أحمد عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : " طلق ركانة بن عبد الله امرأته ثلاثا فـي مجلـس واحـد ، فحـزن عليهـا حزنا شديدا ، فسأله النبى ﷺ كيف طلقتها ؟ قال ثلاثا فى مجلس واحـد ، فقـال له ﷺ: إنما تلك واحدة فارتجعها"[3] .

وجه الدلالة أن هذا الحديث يعتبر نصا فى محل النزاع لأنه صريح فـى أن جمع الثلاث فى مجلس واحد يكون طلقة واحدة .

---

(1) آية ‌‌١ سورة الطلاق.

(2) زاد المعاد جـ٤ صـ٥١-٥٤.

(3) نيل الأوطار : للشوكانى جـ٦ صـ٢٦١.

ولاعبرة لما وجه لسنده من طعن وقدح ، لانها جميعا مردودة[1].

ثانيا : ما رواه مسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : "كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر ابن الخطاب إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناه[2] فلو امضيناه عليهم فامضاه عليهم " .

وفي رواية اخرى لمسلم إن أبا الصهباء قال لابن عباس : ألم يكن طلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر واحدة ، قال : قد كان ذلك فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فاجازه عليهم[3].

وجه الدلالة : أن هذا الحديث صريح في الدلالة على أن طلاق الثلاث واحدة أيا كانت العبارة التي وقع بها .

وما حدث من عمر رضي الله عنه بعد ذلك مجرد رأى له ، والعبرة في قول الرسول ﷺ لافي قول غيره ولو كان ذلك الغير هو عمر بن الخطاب فليس مسلم

---

(1) ان في اسناده محمد بن اسحاق (وفيه مقال) ورد بأن اسناد

أ) محمد بن اسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمه عن ابن عباس قد عمل به العلماء واحتجوا بمثله في غير واحد من الأحكام مثل حديث بأنه ﷺ رد ابنته على أبي العاص بالنكاح الأول.

ب) هذا الحديث المروى عن ابن عباس يعارض بفتواه ان الطلاق الثلاث يقع به ثلاث ،ورد بأن المعتبر روايته لا رأيه ، فإن قيل كيف يظن بابن عباس ان يحفظ عن النبي ﷺ شيئا ويفتي بخلافه ، فيجاب بأن الاحتمالات المسوغة لترك الرواية والعدول إلى الرأى كثيرة منها النسيان ومنها قيام دليل عند الرأوى لم يبلغنا ونحن متعبدون بما بلغنا دون من لم يبلغنا.

ج) ما أخرجه الامام احمد معارض بما اخرجه غيره ورجحه ان ركانه انما طلق امرأته البتة . ويمكن ان يكون من روى ثلاثا حمل البتة على معنى الثلاث ، ورد بأن ذلك فيه مخالفة لظاهر النص، فلا يعول عليه . وقد حقق صاحب ارشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد . عدم صحة القدح بما يجرح روايته، انظر سبل السلام جـ٣ صـ١٧٤ . ونيل الأوطار جـ٦ صـ٢٦١،٢٦٢.

(2) اناه أى مهلة . وتأنى في الأمر ، تمكث ولم يعجل.

(3) وهو الوقوع في الشر من غير تماسك ولا توقف. سبل السلام جـ٣ صـ١٧١. ونيل الأوطار جـ٦ صـ٢٥٨ .

من المسلمين يستحسن عقله وعلمه ترجيح قول صحابي على قول المصطفى ﷺ(١)

---

(١) استكثر القائلون بوقوع الطلاق الثلاث من الاجوبة على حديث ابن عباس لكنها لاتخرج جميعا عن دائرة التعسف والتكلف من ذلك.

١- انه روى عن ابن عباس الطلاق بلفظ الثلاث كان واحدة في عصر النبي ﷺ ثم نسخ ذلك في عصره ايضاً، فقد اخرج أبو داود عن عكرمة عن ابن عباس قال: "كان الرجل إذا طلق امرأته فهو احق برجعتها وان طلقها ثلاثا فنسخ ذلك" إلا ان النسخ لم يشتهر فبقي الحكم المنسوخ معمولا به إلى ان انكره عمر، ورد بأن هذا الحديث ضعيف، لايقوى على معارضة الحديث الصحيح، لانه من رواية علي بن الحسين بن واقد وضعفه معلوم، وعلى فرض صحة رواية النسخ هذه فليس حجة، لأن مدلولة بأن الرجل كان يطلق امرأته ويراجعها بغير عدد فنسخ ذلك وقصر علي ثلاث فيها تنقطع الرجعة فاين في ذلك الالزام بالثلاث بنطق واحد، ثم كيف يستمر المنسوخ على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدرا من خلافة عمر، لا تعلم به الامه وهو من أهم الامور المتعلقة بالحل والحرمة، ثم كيف يقول عمر: ان الناس قد استعجلوا في شيئ كانت لهم فيه اناه، وهل للامة اناه في المنسوخ؟ وذلك جميعا ما يوضح ان ما ذهب إليه عمر هو رأى له، وليس سنة مروية عن الرسول ﷺ.

٢- هذا الحديث ورد في صورة خاصة هي قول المطلق أنت طالق أنت طالق، أنت طالق. فإنه كان يلزمه واحدة إذا قصد التوكيد، وثلاث إذا قصد تكرير الايقاع، وذلك ان الناس كانوا في عصر النبوة وما بعده على صدقهم وسلامة قصدهم، فيقبل قول من أدعى ان اللفظ الثاني تأكيد للأول، لا تأسيس طلاق آخر، وكان يصدق في دعواه فلما رأى عمر زمانه تغير أحوال الناس وفشل ايقاع الثلاث جملة بلفظ لا يحتمل التأويل، رأى من المصلحة ان يجرى المتكلم على ظاهر قوله ولا يصدق في دعوى ضميره والزمهم الثلاث في صورة التكرير، إذ صار الغالب عليهم قصدهم.

ورد بأن سياق الحديث من أوله إلى أخره يرد هذه الاجابة إذ مما لاشك فيه ان من جاء بلفظ يحتمل التأكيد وادعى انه نواه فإنة يصدق في أى زمن كان فكيف بزمن خير القرون ومن يليهم وان جاء بلفظ لا يحتمل التأكيد لم يصدق إذا ادعى التأكيد من غير فرق بين عصر وعصر، فمناط الأحكام على الظاهر والله يتولى السرائر، على أن ظاهر قول ابن عباس طلاق الثلاث واحدة، انه كان ذلك بأى عبارة وقعت. هذه أهم الأجوبة عن حديث ابن عباس المشار إليه والردود عليها وهناك أجوبة أخرى وصل فيها التأويل إلى حد الألغاز والتحريف لم نر داعياً لا يرادها.

وغاية ما يمكن الاعتذار به عن تصرف عمر رضي الله عنه، أنه لما رأى الناس قد تتابعوا واستعجلوا ما جعلهم الله في فسحة منه وشرعه متراخياً بعضه عن بعض رحمة بهم كيلا يندم مطلق، رأى أن يلزمهم ما التزموه فهو لم يخالف اجماع من تقدمه بل رأى الزامهم بالثلاث عقوبة لهم لما علموا أنه حرام وتتابعوا فيه وهذا سائغ للأئمة ان يلزموا الناس ما ضيقوا به على أنفسهم، و لم يقبلوا فيه رخصة الله بل اختاروا الشدة والعسر غايته ان العقوبة تختلف باختلاف الأزمنة والأشخاص وغير ذلك. وجملة القول أن ما حدث من عمر ﷺ كان رأياً خاصاً به لا سنة عن النبي ﷺ. انظر زاد المعاد ج٤ ص٥٤-٦٣، سبل السلام ج٣ ص١٧١-١٧٢، نيل الأوطار ج٦ ص٢٦٢، الفتح عبى الهداية ج٣ ص٢٥ .

هذه هى أقوال الفقهاء وأدلتهم فى حكم وقوع الطلاق بلفظ الثلاث أوبالتتابع ، وبالتأمل فيها يتبين أن أرجحها هو القول بأن الطلاق بلفظ الثلاث أوبالتتابع يقع به طلقة واحدة رجعية لما عرضناه من الادلة والاجوبة والرد عليها .

ولأن جمع الثلاث بدعة محرمة لكونها على خلاف الطريقة التى أمر الله تعالى ورسوله بها فى إيقاع الطلاق ، فلا يقع بها الطلاق جميعه ، بل ترد إلى واحدة اتباعا للسنة ، لأن السنة أن يطلق الرجل امرأته طلقة واحدة فى طهر لايباشرها فيه ، فإذا خالف السنة وطلق اثنتين أو ثلاثا بلفظ واحد أو متتابعا فإنه ينفذ عليه ما إذن به الشارع ويكون الباقى لغوا.

حكم الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث أو بالتتابع فى القانون :

١- الطلاق بلفظ الثلاث :

قبل سنة ١٩٢٩ كان القانون الواجب التطبيق فى شأن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث هو أرجح الأقوال فى مذهب الامام أبي حنيفة وهو ينص كما ذكرنا على أن من طلق ثلاثا بلفظ واحد ، كان ثلاثا تبين به امرأته ولاتحل له حتي تنكح زوجا غيره ٠

فلما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ عدل عن مذهب الحنفية الذى هو مذهب الأئمة الأربعة، وأخذ بمذهب الفقهاء الذين يقولون، أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به إلا واحدة رجعية فقد نصت المادة الثالثة منه على (أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع به إلا طلقة واحدة).

واختيار القانون لهذا النص كان اختياراً موفقاً. فقد رفع الحرج عن الناس، فكثيراً ما يندفع الرجل تحت ثورة عارضة فيطلق امرأته ثلاثاً، بلفظ واحد، ولا يجعل لنفسه من امره يسراً، وعندما تهدأ نفسه ويعود إلى رشده كان إما أن يعيش مع امرأته عيشة يعتقد أنها حرام، وانهما يعيشان فى الحرام وفى ذلك موت الضمير الدينى وأما أن يتحايلا بطرق لم يحلها الشارع لإعادة الحل والعقد عليهما من جديد، وفى ذلك من الفساد ما فيه.

ومن وقت العمل بهذا القانون تحكم المحاكم فى مصر بمقتضى هذا النص، فلو قال الرجل لامرأته انت طالق ثلاثا أو اثنتين لا يقع إلا واحدة. وكذلك الذى صحبته اشارة، كأن يقول طلقتك ويشير باصابعه ثلاثا أو اثنتين، فإنه لا يقع إلا واحدة.

وجاء بالمذكرة التفسيرية لهذه المادة : الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة.

٣- أما الطلاق المتتابع :

وهو ما تكرر فيه لفظ انت طالق، فإن النص الحرفي للمادة الثالثة المشار إليها لا يشمله فهل يبقى الحكم بالنسبة له خاضعاً لأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة، الذي يعتبره طلاقاً ثلاثاً.

أم أنه يقع طلقة واحدة كما هو مذهب بعض الفقهاء الذين أخذ القانون عنهم عدم وقوع الطلاق بلفظ الثلاث وبخاصة وان هؤلاء الفقهاء القائلين بأن الطلاق بلفظ الثلاث لا يقع إلا واحدة يقولون أيضاً أن الطلاق المتتابع لا يقع أيضاً إلا واحدة .

اننا بلا شك لو فسرنا القانون تفسيرا حرفيا وتمسكنا بلفظه لقلنا أن هذا النوع من الطلاق يطبق عليه مذهب أبي حنيفة فتطلق المدخول بها بالعدد الذى تتابع به الطلاق، لكن القوانين لا تفسر بظواهر الفاظها فقط، بل تفسر بأغراضها ومذكراتها الإيضاحية ومصدرها التاريخي، والفكرة العلمية التي انبعث منها نظر الذين قالوها.

وغرض القانون واضح في أنه يريد القضاء على فكرة أن الزوج له أن يطلق دفعة واحدة، بطلقتين أو بثلاث، وأن له أن يفصم عرا الزوجية دفعة واحدة في مجلس واحد .

وإذا كان ذلك غرض القانون والعلة الباعثة عليه فإنه يكون من غير المفيد أن يجعل الطلاق المقترن بعدد يقع واحدة مع القول بأن الطلاق المتتابع يقع ثلاث طلقات إذ من السهل على المطلق أن يعدل عن الطلاق المقترن بعدد إلى الطلاق المتعدد المتتابع ، ومن ثم لا يتحقق غرض المشرع من القانون، وهو أن يوقع المطلق الطلاق على دفعات متعددة لا دفعة واحدة.

وان المذكرة التفسيرية للمادة الثالثة، تؤيد هذا اللمعنى لأنها عبرت عن الطلاق المقترن بالعدد بقولها (الطلاق المتعدد لفظاً أو اشارة).

ولا شك أن الطلاق المتتابع فى مجلس واحد، طلاق متعدد لفظاً، فلا وجه للتفرقة فى الحكم بين الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو اشارة وبين الطلاق المتتابع فى الكلام الواحد.

وأن المصدر التاريخى لهذه المادة من القانون يؤيد ذلك فإن مذهب الفقهاء الذى أخذ عنه المشرع نص المادة المذكورة لا يفرق فى الحكم بين الطلاق المتعدد المتتابع فى كلام واحد وبين الطلاق الثلاث بلفظ واحد، ومن المنطق المستقيم أن نأخذ برأيهم كله وهو فى موضوع واحد، مادامت ألفاظ القانون تتسع له ولا تضيق عنه.

ومن هذا العرض يبين أنه لا فرق بعد العمل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بين الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو اشارة وبين الطلاق المتتابع فى أنها جميعاً تشترك فى أن الواقع بها طلقة واحدة رجعية، والله أعلم بالصواب.

التقسيم الثالث: الطلاق المنجز والمضاف والمعلق :

ينقسم الطلاق باعتبار صيغته إلى منجز ومضاف ومعلق.

فالمنجز هو ما كان بصيغة مطلقة، أى غير مقيدة بشرط ولا مضافة إلى وقت كقول الرجل لزوجته : أنت طالق.

وحكمه : أنه يقع به الطلاق فى الحال، وتترتب عليه اثاره بمجرد النطق به، متى كان الزوج أهلاً لايقاع الطلاق والزوجة محلاً لوقوعه.

والمضاف : هو ما قرنت صيغته بزمن مستقبل، يقصد المطلق إيقاع الطلاق عند حلوله، كقول الرجل لزوجته : أنت طالق بعد عشرة أيام.

وحكمه : أنه لا يقع الطلاق فى الحال، بل فى أول الوقت الذى أضيف إليه أى عند انتهاء المدة المحددة لأن الزوج ما قصد ايقاعه فى الحال بل بعد زمن

مخصوص، فيعامل بما قصد(١).

ويشترط لوقوع الطلاق فى الصيغة المضافة، أن يكون الزوج أهلاً للإيقاع عند صدور الطلاق منه وأن تكون الزوجة محلاً لوقوعه عند حلول ذلك الوقت، فلو قال لها أنت طالق بعد شهر، وقبل مضى الشهر قد طلقها منجزاً ولم يكن قد دخل بها، فإن الطلاق المضاف لا يقع عند حلول الزمن الذى أضيف إليه الطلاق لعدم الحل، لأن الزوجة إذا طلقت قبل الدخول فانه تبين من زوجها إلى غير عدة.

والطلاق المعلق هو ما كانت صيغته معلقاً فيها حصول الطلاق على حصول شئ آخر بأداة من أدوات الشرط الصريحة كإن، وإذا ، ومتى ونحوها، كقول الرجل لزوجته إن خرجت من المنزل بغير إذنى فأنت طالق، أو إذا كلمت فلاناً فأنت طالق(٢).

شروط صحة التعليق:

لكى يتحقق معنى التعليق ويكون صحيحاً يترتب عليه وقوع الطلاق يجب أن تتوفر الشروط الآتية:

١- أن يكون الشرط المعلق عليه معدوما مع احتمال الوجود وعدمه، فلو كان موجوداً بالفعل لا يكون تعليقاً وانما يكون تنجيزاً ويقع الطلاق فى الحال، كقوله لها إن كنت متزوجة قبلى فأنت طالق، وقد كانت متزوجة. ولو كان معدوماً ويستحيل وجوده فإن التعليق لا يصح ولا يقع الطلاق كقوله لها: إن دخل الجمل فى سم الخياط فأنت طالق لأن تعليقه على حصول أمر مستحيل

---

(١)صح اضافة الطلاق إلى الزمن المستقبل وتعليقه على حصول أمر و لم يصح ذلك فى الزواج أو الرجعة لأن الطلاق من قبيل الاسقاطات كالابراء والزواج من قبيل التمليكات كالبيع والمقرر أن ما كان من قبيل الاسقاطات يصح منجزاً ومضافاً ومعلقاً ، وما كان من قبيل التمليكات [illegible] بصح إلا منجزاً .

(٢)معنى تعليق الطلاق على شرط : أن تجعل صيغة الطلاق جزاء وفعل الزوج أو فعل الزوجة أو فعل غيرهما شرطاً .

يدل على أن المقصود هو المبالغة فى نفى الطلاق وعدم وقوعه فيلغو الكلام ولا يقع به الطلاق.

ومثل ذلك التعليق على مشئة الله تعالى، لأن الوقوف على مشيئة الله غير ممكن، فلو قال لها: أنت طالق إن شاء الله لا يقع الطلاق.

٢- ألا يكون المقصود من التعليق المجازاة والمؤاخذة الناجزة وذلك مثل أن يحدث نزاع بين الزوجين فتصفه بأنه كذاب أو خبيث أو منافق، فيقول لها: ان كنت كما تقولين فأنت طالق، فالغرض هو إيقاع الطلاق عليها مجازاة لها على كلمتها السيئة، ولم يكن غرضه التعليق، فيقع الطلاق بذلك سواء كانت فيه الصفة أو لا.

٣- إمكان تحقق الشرط الذى علق عليه فإذا لم يكن ذلك ممكناً كأن يقول لها: ان لم تكلمى أباك غداً فأنت طالق، فمات أبوها قبل الغد، فلا يقع الطلاق.

٤- أن يحصل التعليق ويوجد المعلق عليه والمرأة محل لوقوع الطلاق بأن تكون الزوجية قائمة أو هى فى العدة من طلاق رجعى أو بائن فلو قال لزوجته: ان ذهبت إلى مكان كذا فأنت طالق، وقبل أن تذهب طلقها وبعد انتهاء العدة ذهبت إلى هذا المكان فإن الطلاق لا يقع لأنها وقت وجود الشرط لم تكن محلاً للطلاق إذ هى ليست بزوجة وليست فى عدته أيضاً.

ولا يشترط فى التعليق أن يكون الزوج أهلاً لوقوع الطلاق وقت حصول المعلق عليه، وعلى هذا لو علق الطلاق على حصول أمر وهو عاقل ثم طرأ عليه الجنون أو العتة ووجد المعلق عليه بعد ذلك، وقع الطلاق لأنه صدر من أهله مستوفياً شروطه.

حكم الطلاق المعلق :

إختلف الفقهاء إختلافاً كبيرا فى حكم الطلاق المعلق، ونكتفى فى هذا المتن على بيان الحكم الذى يجرى عليه العمل بالمحاكم الآن مع الإكتفاء بالإشارة إلى أقوال الفقهاء فى الهامش[1].

وحكم الطلاق المعلق عملاً أنه إذا كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل شئ أو تركه وهو يكره حصول الطلاق فهو لغو لا يقع به الطلاق سواء أكان قصد الزوج بالصيغة المعلقة حمل زوجته وتخويفها أم حمل غيرها وتخويفه.

---

[1] حكم الطلاق المعلق : اختلف الفقهاء فى وقوعه على ثلاثة أقوال : الأول : أنه يقع متى وجد المعلق عليه وهو مذهب الأئمة الأربعة واستدلوا على ذلك بما يأتى :

١- أن النصوص التى أفادت شرعية الطلاق جاءت مفوضة أمره إلى الزوج يوقعه متى يريد منجزاً أو مضافاً أو معلقاً و لم تقيده بنوع خاص فيكون مفوضاً على وجه الاطلاق يوقعه كيف شاء.

٢- فتوى الصحابة والتابعين بوقوعه عند حصول المعلق عليه من ذلك فتوى ابن عمر لما سئل عن رجل طلق امرأته البتة أن خرجت فقال ان خرجت فقد بانت منه وان لم تخرج فليس بشئ ويروى عن ابن مسعود فى رجل قال لامرأته ان فعلت كذا وكذا فأنت طالق ففعلته، فقال هى واحدة وهو أحق بها - وروى عن عائشة رضى الله عنها قالت: (كل يمين وان عظمت ففيها الكفارة الا العتق والطلاق) فقد حكمت بنفوذ العتق والطلاق عند وجود المعلق عليه.

٣- ان الطلاق شرع للحاجة وقد تدعو إلى تعليقه فقد يطلب الرجل من زوجته امراً وهى تعاند ولا تستجيب ويكره ان يطلقها ويرجو صلاحها فيعلق طلاقها على اتيان ما طلبه منها فاما أن تستجيب فيحصل ما يرجوه وتستمر العشرة وأما أن تظل على عنادها فتكون هى الجانية على نفسها.

القول الثانى :أنه لا يقع وهو قول الظاهرية وبعض الشافعية لأن تعليق الطلاق يمين واليمين بغير الله لا تجوز لقول النبى ﷺ :﴿من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله﴾. فيكون قد أوقع يميناً غير جائز فلا شئ عليه ويرد على هذا بأن الطلاق المعلق لا يسمى يميناً لا شرعاً ولا لغة، ومن أطلق عليه لفظ اليمين فقد أطلقه على سبيل المجاز من حيث أنه يفيد ما يفيده اليمين من الحث على الفعل أو المنع عنه أو تأكيد الخبر .

القول الثالث:ان قصد به الحمل على فعل شئ أو تركه أو تأكيد الخبر كان فى معنى اليمين فيكون حكمه حكم اليمين وهو الكفارة عند عدم الوفاء بموجب كلامه، وذلك كقول الرجل لزوجته ان لم تكلمى أخاك فأنت طالق، أو ان دخلت منزل فلان فأنت طالق أو قال ان لم يكن ما أقوله صدقاً فامرأتى طالق. وان لم يقصد به ذلك يكون مريدا للطلاق فيقع.

أما إذا كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط كأن يعلق طلاقها على قبولها ما تفتدى به نفسها أو يعلق طلاقها على رضا أبيها بالقول صراحة أونحو ذلك من كل ما يتضح منه أنه يقصد ربط الطلاق بشرط معين، فإن الطلاق يقع عند وجود الشرط، نصت على ذلك المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فقالت (لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شئ أو تركه لا غير). وتناولت المذكرة التفسيرية شرح هذه المادة فقالت:

إن الطلاق ينقسم إلى منجز وهو ما قصد به إيقاع الطلاق فوراً، وإلى مضاف كأنت طالق غدا، وإلى يمين نحو: على الطلاق لأفعلن كذا، وإلى معلق، كأن فعلت كذا فأنت طالق، والمعلق إن كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل الشئ أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه، كان فى معنى اليمين، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط، لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله، لم يكن فى معنى اليمين.

واليمين فى الطلاق وما فى معناه لاغ، أما باقى الأقسام فيقع بها الطلاق.

ومن هذا يتبين أن تفسير كون التعليق مقصوداً به مجرد التخويف والتهديد والحمل على فعل شئ أو تركه أو مقصوداً به حل رابطة الزوجية إذا حصل المعلق عليه يرجع فى بيانه إلى الزوج، إلا إذا كانت هناك قرينة حال تدل على قصد الطلاق، كمن يقول لزوجته ان ولدت أنثى فأنت طالق، فإن هذه الصيغة لا تحتمل قصد الحمل على فعل شئ أو تركه، كما يحتمله قوله: ان زرت فلانة فأنت طالق.

وإذا اختلف الزوجان فى غرض الزوج وقصده، فيما لو قال لها ان خرجت من المنزل فأنت طالق، ثم خرجت بالفعل، ثم أدعت الزوجة أنه قصد وقوع الطلاق لو حصل المعلق عليه، وقد حصل، وأنكر الزوج ذلك، وقال أنه كان يقصد مجرد الحمل على عدم تركها المنزل لا غير، فالقول قول الزوج مع يمينه، فإن حلف على أنه لم يقصد الطلاق وإنما قصد التخويف، فلا يقع الطلاق، وإن امتنع عن اليمين وقع الطلاق، لأن الامتناع عن اليمين إقرار بدعوى الزوجة.

التوكيل فى الطلاق والتفويض فيه

الطلاق حق للزوج، له أن يتولاه بنفسه، وله أن ينيب عنه غيره، لأنه من التصرفات القابلة للإنابة شرعاً، وللإنابة فى الطلاق طريقان : التوكيل، والتفويض.

فالتوكيل فى الطلاق: أن ينيب الزوج غيره فى تطليق امرأته، بأن يقول له: وكلتك أن تطلق امرأتى، فإذا قال الوكيل لها: أن زوجك قد وكلنى بتطليقك، فأنت طالق، وقع الطلاق.

أما التفويض : فهو تمليك الغير حق تطليق امرأته فيشمل تمليك الزوج غيره فى تطليق امرأته، وتمليك الزوجة تطليق نفسها، والمفوض مالك يعمل بمشيئته ولا يحتاج التفويض إلى قبول المفوض إليه، فإذا قال لآخر : طلق امرأتى ان شئت كان ذلك تفويضاً، لأنه علق الطلاق على مشيئته، فإن شاء طلقها وإن شاء لم يطلق، وإن قال لزوجته طلقى نفسك، فإنها تملك الطلاق بمجرد قوله سواء علق الطلاق على مشيئتها أو لم يعلق.

الفرق بين التوكيل والتفويض :

١- فى حالة التوكيل للزوج أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء أما التفويض فليس للزوج عزل من فوضه، والعلة فى ذلك أن التفويض تعليق الطلاق على المشيئة ممن فوض إليه، فهو طلاق معلق، ومن علق الطلاق على أمر لا يملك أن يرجع ويلغى تعليقه، ويستوى بالنسبة لهذه العلة الزوجة والأجنبى وليس معنى التفويض أن ملكية الزوج للطلاق قد زالت، بل كل ما فى الأمر أنه أشرك غيره معه فيما يملكه من تصرف.

٢- الوكيل بالطلاق له أن يطلق فى مجلس التوكيل وأن يطلق بعده، ما دام الموكل لم يقيده بزمن أو مكان معين، أما المفوض إليه، فإنه يتقيد بمجلس

التفويض، إلا إذا كانت صيغة التفويض تعم الأوقات كلها، كأن يقول الرجل لامرأته: طلقي نفسك متى شئت، أو في أى وقت شئت، ففي هذه الحالة لا يتقيد الطلاق بمجلس التفويض.

وقت التفويض:

ليس للتفويض زمن معين، بل أنه يصح أن يكون مقترناً بالعقد، كما يصح أن يكون بعد العقد وأثناء قيام الحياة الزوجية.

غاية الأمر أنه إذا كان عند انشاء العقد، يشترط أن يكون الإيجاب صادراً من الزوجة، كأن تقول: زوجتك نفسي على أن يكون أمرى بيدى، أطلق نفسي متى شئت، فإذا قبل الزوج ذلك، تم الزواج، وكان لها أن تطلق نفسها متى شاءت.

أما لو صدر الإيجاب من الزوج، بأن قال: تزوجتك على أن يكون أمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت، وقبلت المرأة ذلك. فإن الزواج يصح ويبطل التفويض فلا تكون العصمة بيدها وبالتالى لا تملك أن تطلق نفسها لأن الزوج ملكها تطليق نفسها قبل أن يتم عقد الزواج ولا يصح أن يملك الإنسان غيره شيئاً لا يملكه، بخلاف ما إذا كان الإيجاب صادراً منها، فإنها لما اشترطت مع الإيجاب تمليكها الطلاق، وقد قبل الزوج ذلك فقد تضمن قبوله قبول الزواج، ثم قبول الشرط، فيكون التفويض قد تم بعد تمام عقد الزواج والتفويض بعد الزواج جائز.

صيغة التفويض:

تفويض الزوج إلى زوجته الطلاق يكون كما هو مذهب الحنفية بأحد ألفاظ ثلاثة هي : طلقي نفسك ، اختارى نفسك، أمرك بيدك.

فالأول من الألفاظ الصريحة في الطلاق فلا يحتاج إلى نية ومن ثم يثبت به التفويض من غير توقف على النيه. والثاني والثالث من كنايات الطلاق، فلا يثبت بهما التفويض إلا بالنية كما هو مقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

وعند إختلاف الزوجين فى وجود النية يكون القول قول الزوج بيمينه، إلا إذا أثبتت دعواها بالبينة. وألفاظ التفويض المذكورة إما أن تكون مقترنة بما يفيد التعميم فى جميع الأوقات وإما أن تكون مقيدة بزمن معين، وإما أن تكون مطلقة غير مقيدة بشئ مما ذكر.

فإن اقترن التفويض بما يدل على التعميم فى جميع الأوقات كما لو قال لها: طلقى نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها فى أى وقت تشاء، وليس لها أن تكرر الطلاق، إلا إذا كانت صيغة التفويض تفيد التكرار كأن يقول لها: طلقى نفسك متى شئت وكلما شئت. ففى هذه الحالة لها أن تكرر الطلاق، فتطلق نفسها مرة بعد مرة فإذا طلقت نفسها ثلاث طلقات فى ثلاث مرات ثم تزوجت بزوج آخر وعادت إلى الزوج الأول، فلا تملك تطليق نفسها، لأنها عادت بملك جديد وحل جديد لا يبقى معه أثر للتفويض الذى كان فى الملك الأول[1].

أما إن كان التفويض مقيداً بمدة معينة، كما إذا قال لزوجته: أمرك بيدك لمدة شهر اعتباراً من اليوم، فلها أن تطلق نفسها تطليقة واحدة، بموجب هذا التفويض خلال المدة المذكورة، وليس لها أن تطلق نفسها بعد مضيها، لأن التفويض ينتهى بانتهاء المدة المعينة.

وان كان التفويض مطلقاً أى ليس مقيداً بزمن معين ولا مقترناً بما يدل على التعميم، كأن يقول الزوج لزوجته أمرك بيدك، أو طلقى نفسك، ولا يزيد على ذلك أو تقول الزوجة: تزوجتك على أن يكون أمر طلاق بيدى، ويقول قبلت، فإن التفويض فى هذه الحالة يتقيد بمجلس انشاء العقد فلها أن تطلق نفسها ما دام المجلس لم يتبدل، فإذا انتهى المجلس لم يكن لها الحق فى طلاق نفسها، غير أن بعض المحاكم جرى على أن يعم التفويض المطلق كل الأوقات كما لو قالت متى

---

(1) أما إذا طلقت نفسها مرة أو مرتين فتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الأول فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف، إلى أنها تملك تطليق نفسها ثلاث مرات أخرى فى هذا الحل، لأن الزوج يملك عليها فيه ثلاث طلقات، وقال محمد: أنها لا تملك من الطلاق إلا ما بقى. من الثلاث الأولى، لأن الزوج لا يملك عليها بعد عودتها إليه إلا ما بقى من تلك الطلقات.

شئت، لأن ذلك مرادها إذ ليس من المعقول أن تتزوج لتطلق نفسها في الحال بل لتملك ذلك مستقبلاً و الألفاظ تفسر بحسب أغراضها ومراميها.

نوع الطلاق الواقع بالتفويض:

سبق القول أن ألفاظ التفويض ثلاثية : طلقي نفسك، اختاري نفسك، أمرك بيدك وأن لفظ طلقي نفسك صريح. وإن اللفظين :اختاري نفسك، وأمرك بيدك كناية، وتبعاً لذلك إن كان التفويض بصريح الطلاق كان الطلاق رجعياً، فلو قال الرجل لزوجته: طلقي نفسك، فقالت: طلقت نفسي، كان الطلاق الواقع رجعياً.

وان كان التفويض بالكناية ونوى المطلق الطلاق، كان الواقع به بائناً، هذا هو حكم نوع الطلاق الواقع بالتفويض في مذهب الحنفية.

أما على ما يقتضيه القانون، وعلى ما يجرى عليه العمل، فإن الطلاق الواقع بالتفويض، يعتبر كله طلاقاً رجعياً، إلا إذا كان قبل الدخول أو في مقابلة مال، أو مكملاً للثلاث، كما هو مقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩[1].

---

(١)ولو فوض الزوج زوجته في أن تطلق نفسها ثلاثاً دفعة واحدة فطلقت نفسها كذلك فلا يقع بذلك إلا طلقة واحدة رجعية، لأن الزوج نفسه لا يملك الا ما يكون على هذا النحو طبقاً للقانون فلا يستطيع تمليكها أكثر مما يملك.

طلاق المريض مرض الموت ومن فى حكمه

تمهيد:

مرض الموت عارض سماوى يصيب الإنسان فيؤثر فى قواه البدنية ويترتب عليه شرعاً تغيير في بعض أحكام من يصاب به حماية للغير من تصرفاته، لأنه قد يتصرف وهو مريض تصرفاً يقصد به اضرارا بدائن أو هروباً وفراراً من وارث، فاقتضت المصلحة واعطاء كل ذى حق حقه ان تختلف بعض أحكام تصرفاته عن أحكام تصرفات الأصحاء من الناس فلا ضرر ولا ضرار فى الإسلام، والذى يعنينا من تصرفات المريض طلاقه. انما قبل بيان هذا الحكم نعرض لحقيقة مرض الموت وطبيعته ليتميز عن غيره من الأمراض العادية.

تعريف مرض الموت : (١)

مرض الموت هو الذى يخاف منه الهلاك غالباً بعرض أو غيره ويعقبه الموت(٢).

ويستفاد من هذا التعريف أن المرض الذى يعتبر مرض الموت أنه الذى يجتمع فيه وصفان .

---

(١) المرض لغة : كل ما خرج به الإنسان عن حد الصحة والإعتدال .

(٢) زيادة كلمة " أو غيره " فى التعريف ليتناول مرض الموت كل ما فى معناه من كل ما يقرب الشخص إلى الهلاك. انظر رد المحتار على الدر المختار ج٢ ص٥٣٤، والفتح والعناية على الهداية ج٣ ص١٥٥ .

الوصف الأول: أن يغلب فيه الهلاك عادة، وغلبة الهلاك هذه قد تكون بسبب طبيعة المرض وهذه يرجع فيها إلى أقوال الفقهاء في تفسيره[1]، وإلى الأطباء المتخصصين في طبيعة الأمراض.

وقد تكون بسبب آخر غير المرض من كل ما يقرب الشخص إلى الهلاك، كما لو وجد الصحيح في حالة يغلب فيها الهلاك عادة، فانه حينئذ يكون في حكم المريض مرض الموت، وذلك كمن يحكم عليه بالإعدام نهائياً وقدم ليقتل، أو كان في سفينة تلاطمت عليها الأمواج وخيف الغرق، أو كان أسيراً لدى دولة اعتادت قتل الأسرى، وكالمرأة إذا أخذها الطلق[2] وكالمشترك فعلاً في القتال أثناء العمليات الحربية، فهؤلاء وأمثالهم الغالب عليهم خوف الهلاك، فإذا تصرف أحدهم وهو في هذه الحالة ثم مات فعلاً، كان تصرفه كتصرف المريض مرض الموت، لكن إذا أعيد المخرج إلى القتل فاعفي عنه، أو رجع المقاتل من صفوف القتال أو سكن الموج، أوولدت المرأة وسلمت من الطلق، أو عاد الأسير فانهم جميعاً يعتبرون في حكم الصحيح، كالمريض إذا برأ من مرضه[3]، أي أن تصرفاتهم التي وقعت في حال اعتبارهم مرضى موت تكون كتصرفات الأصحاء.

---

(1) اختلفت أقوال المذهب الحنفي في تفسير المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا من هذه الأقوال :

أولاً : أن يكون الشخص مضنى لا يقوم إلا بشدة، وهو في حال يعذر في الصلاة جالساً .

ثانياً : أن يكون الشخص أضناه المرض والزمه الفراش، اما ان كان يذهب ويجئ وهو مع ذلك يحم فهو بمنزله الصحيح.

ثالثاً : أن يكون الشخص عاجزاً عن القيام بمصالحه خارج المنزل إن كان رجلاً وعن القيام بمصالحها داخل المنزل إذا كانت امرأة .

رابعاً : إذا كان لا يرجى برؤه بالتداوي فمريض، والا فكالصحيح وغير ذلك أقوال كثيرة. انظر الفتح والعناية على الهداية ج٣ ص١٥٥، ورد المحتار على الدر المختار ج٢ ص٥٣٤، والبدائع ج٣ ص٢٢٤.

(2) الطلق : هو الوجع الذي لا يسكن حتى تلد أو تموت.

(3) انظر البدائع ج٤ ص٢٢٤ .

الوصف الثاني: أن يعقب مرض الموت، الموت مباشرة، سواء أكان الموت بسببه أم بسبب آخر خارجي كقتل أو غرق أو حريق أو تصادم أو حدوث مرض آخر أشد فتكاً من الأول[١].

وعلى هذا إذا أصيب الشخص بمرض لا يغلب فيه الهلاك عادة، كالصداع أو المغص البسيط أو الرمد أو ألم الأسنان أو الزكام وما أشبه ذلك ثم اتصل به الموت فإنه لا يعتبر في هذه المدة في مرض موت، ولا تسري عليه أحكامه.

وكذلك إذا مرض الشخص بمرض يغلب فيه الهلاك عادة، لكنه برئ منه، كان تصرفه في أثنائه كتصرف الصحيح سواء بسواء، ولو تصرف وهو مريض مرض الموت ثم صح وقام من مرضه[٢]ثم نكس فعاد إلى حالته التي كان عليها ثم مات، لايسرى عليه حكم المريض لأنه صح بعد المرض تبين أن ذلك لم يكن مرض الموت فلم يوجد التصرف في حال المرض.

ومن أقعده المرض كمن أصيب بمرض حاد أو مزمن، وطال به، بأن مضت سنة فأكثر[٣]على إصابته ولم يتغير حاله فتصرفه بعد السنة كتصرفه في حال صحته، لأنه حينئذ لا يخاف منه الموت غالباً، فلم يكن مرض الموت إلا إذا تغير حاله من ذلك المرض بأن اشتد عليه ومات من ذلك التغيير، فتسرى عليه أحكام مرض الموت[٤].

ويسرى هذا الحكم على من كان محصوراً في مكان، أو واقفاً في صف القتال من غير قتال، أو من وجب عليه القتل فيحد أو قصاص فحبس ليقتل، لأنه

---

(١) انظر العناية على الهداية ج٣ ص١٥٥-١٥٧ .

(٢) بأن كان يذهب ويجئ ويقوى على الصلاة قائماً – انظر البدائع ج٣ ص٢٢٤ .

(٣) اختلف في حد التطاول فقيل سنة ، وقيل معتبر بالعرف، فما يعده العرف تطاولاً فتطاول، وإلا فلا – انظر البحر الرائق ج٤ ص٤٧.

(٤) رد المحتار ج٢ ص٥٣٥ ، البدائع ج٣ ص٢٢٤ .

ليس الغالب من هذه الأحوال الموت، فإن الإنسان يتخلص منها غالباً لكثرة أسباب الخلاص.

حكم طلاق المريض ومن في حكمه:

يعبر بعض الفقهاء عن طلاق المريض بطلاق الفار، لفراره من الارث ظاهرياً، وان اتفق انه لم يقصد الفرار. والفرار كما يكون من الزوج، يكون من الزوجة أيضاً، كما لو كان الزوج قد فوض إليها أمر طلاقها فطلقته في مرضها، وكما لو تسببت في فسخ النكاح في حال مرضها، وفيما يلي بيان حكم طلاق كل منهما.

طلاق المريض مرض الموت:

لا خلاف بين الفقهاء في أن المريض مرض الموت، يقع طلاقه كما يقع الطلاق من الصحيح مادام المرض لم يؤثر على قواه العقلية ويجعله ملحقاً بالمجنون ويترتب عليه جميع الآثار التى تترتب على طلاق الصحيح، ولا يختلف عنه إلا في استحقاق الارث عند الموت بعد الطلاق، واستحقاق الارث يختلف باختلاف صفة طلاق المريض، من كونه رجعياً أو بائناً.

أولاً: الطلاق الرجعي:

إذا طلق المريض مرض الموت ومن في حكمه زوجته طلاقاً رجعياً ومات وهي في العدة ورثته زوجته، كما لو طلقها في حال صحته، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح، فكانت الزوجية بعده وقبل انقضاء العدة قائمة من كل وجه حتى جاز له أن يراجعها في مدة العدة من غير توقف على اذنها ورضاها وبدون عقد ومهر جديدين، والنكاح القائم من كل وجه سبب لاستحقاق الارث من الجانبين، كما لو مات أحدهما قبل الطلاق، ويستوي أن يكون الطلاق برضاها أو بغير رضاها، وسواء كانت مسلمة وقت الطلاق أو كتابية ثم أسلمت في العدة قبل موته؛ لأن النكاح كما

قلنا بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه ما دامت العدة قائمة ولانه لا يشترط أهليتها للارث منه في الطلاق الرجعي وقت الطلاق بل الشرط أن تكون مسلمة وقت موته[1].

ثانياً الطلاق البائن:

إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً، بينونة صغرى أو كبرى فإن كان ذلك في حال الصحة فمات أحدهما بعده لم يرثه الآخر ولو كانت المطلقة ما تزال في العدة وسواء كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها فإن الطلاق البائن يقطع حكم الزوجية من حين وقوعه، دون توقف على انقضاء العدة.

ومثل الطلاق البائن حال الصحة فسخ عقد الزواج بأي سبب غير الردة. فلو فسخ عقد النكاح بسبب خيار البلوغ بان اختار نفسه أو فعل مع أحد أصولها أوفروعها ما يوجب حرمة المصاهرة فإنها لا ترثه كما لا يرثها.

أما إذا ارتد في حال صحته ومات على ردته أو قتل وهي في العدة، فإنها ترثه، لأن الردة من الزوج في معنى مرض الموت[2]لأنها تفضي إليه.

أما إذا طلق الزوج زوجته التي دخل بها ، طلاقاً بائناً - بينونة صغرى أوكبرى - في حال مرضه مرض الموت، فإن كان برضاها فلا خلاف بين الفقهاء في أنها لا ترثه لعدم تحقق الفرار منه، كما لا يرثها.

وان كان الطلاق بغير رضاها فإنها ترثه إذا مات في مرضه هذا ولم تكن عدتها قد انقضت بعد، ولا يرثها لأن الوارث يتعلق حقه بمال مورثه من أول وقت مرض موته، ولا شك في أن زوجيتها التي هي سبب ارثها، كانت قائمة في ذلك الوقت، فكان طلاقها في مرضه القصد منه إبطال حقها بعد تعلقه فراراً من ارثها

---

(١) انظر البدائع ج٣ ص٢١٨ ، رد المنتقى شرح الملتقى، ص٤٣١، مجمع الانهر ، البحر الرائق ج٤ ص٤٣ .

(٢) البدائع ج٣ ص٢٢٠ .

فيلحق بالعدم في حق ابطال الارث في الحال، ويرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء عدتها كقاتل المورث بجامع كونه فعلاً محرماً لغرض فاسد، فالحكم ثبوت نقيض مقصوده، ولأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار كوجوب العدة ونفقتها فجاز أن يبقى في حق ارثها منه دفعاً للضرر عنها(١).

وكحكم الطلاق البائن في المرض، الفرقة بغير طلاق فيه أيضاً فلو اختار نفسه بخيار البلوغ أو فعل مع احدى فروعها أو أصولها ما يوجب حرمة المصاهرة، أو ارتد، فإنها ترثه ما دامت في العدة، ولا يرثها لو ماتت قبله، لأن اختياره في هذا الوقت ظاهر في قصده الفرار من ارثها فيرد عليه قصده.

وهذا بخلاف ما لو فعل معها ابنه مثلاً وهو مريض مرض الموت فعلاً يوجب حرمة المصاهرة، فإنها لا ترثه سواء كانت مكرهة أو مطاوعة، لأنها إذا كانت مطاوعة فقد رضيت باسقاط حقها وإن كانت مكرهة(٢)، فلأنه لم يوجد من الزوج ابطال حقها المتعلق بالارث لوقوع الفرقة بفعل غيره(٣).

هذا ومما ذكرناه يتبين أنه يشترط لاعتبار المريض فاراً من ارث زوجته أربعة شروط :

---

(١) يستوى أن يكون أصيلاً في الطلاق أو وكيلاً فيه، فلو وكل الزوج في طلاق امرأته أجنبياً في حال صحته فطلقها في حال مرض الزوج ورثته لان الزوج كان في مكنته ان يعزله حين مرض، فلما لم يفعل صار كأنه انشأ التوكيل في المرض، انظر البدائع ج٣ ص٢٢٢،٢٢٣، الفتح على الهداية ج٦ ص١٢٧،١٢٨ .

(٢) انظر البدائع ج٣ ص٢٢٠ ، رد المحتار ج٢ ص٥٣٦، لكن لو أمره أبوه بذلك ورثت لأن فعل الابن حينئذ ينتقل إلى فعل الأب في حق الفرقة فيصير فاراً بارثها فيرد عليه قصده.

(٣)ذهب الشافعية في القول الصحيح إلى أن من بت طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت أنها لا ترثه كما لا يرثها، لأن الزوجية هي السبب في الإرث وقد انقطعت بالبينونة، كالطلاق في الصحة، والقول الثاني- انها ترثه لأنه متهم في قطع ارثها فورثت كالقاتل، لما كان متهما في استعجال الميراث لم يرث. وذهب الحنابلة في أشهر الروايتين أن من طلق زوجته في مرض الخوف ثم مات من مرضه فإنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج ما دامت مدخولاً بها لأن سبب توريثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة و لم يرثها المطلق لو ماتت قبله. انظر : المغني لابن قدامة ج٧ ص٢١٧،٢١٨ ، المهذب ج٢ ص٢٥ .

الشرط الأول:

أن يكون الطلاق بائناً وبغير رضاها فلو كان رجعياً فإنها ترثه سواء كان برضاها أو بغيره مادامت في العدة، فإن كان بائناً برضاها، كما لو قالت له في مرضه: طلقني بائناً، فطلقها أو دفعت إليه مالاً نظير طلاقها فطلقها ثم مات وهي في العدة فإنها لا ترثه، لرضاها بسقوط حقها، فلم يكن فاراً من ارثها، أما لو قالت له طلقني رجعياً فطلقها بائناً ثم مات وهي في العدة فإنه يعتبر فاراً من ارثها فيثبت لها الميراث لأن ما طلبته وهو الطلاق الرجعي لا أثر له على حق الارث ما دامت في العدة، وما أتى به الزوج وهو الطلاق البائن لم ترض به فلذلك ورثته، ولو آلى منها وهو مريض وبانت بالايلاء وهو مريض، ورثت مادامت في العدة. لوجود سبب الاستحقاق في وقته مع شرائطه.

ولو كان صحيحاً وقت الإيلاء وانقضت مدة الإيلاء وهو مريض لم ترث، لأنه باشر الطلاق في صحته ولم يصنع في مرضه شيئاً.

ولو قذف امرأته في المرض أو لاعنها في المرض ورثته، لأن سبب الفرقة وجد في وقت تعلق حقها بالارث ولم يوجد منها دليل الرضى ببطلان حقها لكونها مضطرة إلى المطالبة باللعان لدفع العار عن نفسها والزوج هو الذى اضطرها بقذفه فيضاف فعلها إليه كأنه أكرهها عليه، ولو أكرهها على الطلاق بائناً فإنها ترثه(1).

---

(1) أما حكم من أكره على طلاق امرأته، فقد اختلف فيه الحنفية على قولين: الأول: أنها ترثه لتعلق حقها بماله من أول مرضه ولم يوجد منها ما يبطله إلا إذا كانت هي التي أكرهته على الطلاق بائناً، فإنها لا ترثه.
الثاني: انها لا ترث ارث من أبانها فى مرضه لرد قصده عليه وهو فراره من ارثها ومع الاكراه لم يظهر منه فرار فلا ترثه. وكلا القولين قد رجحه بعض الفقهاء. هذا إذا كان الاكراه قد بلغ حداً يخاف معه على نفسه أو بعض اعضائه التلف ان لم يفعل، أما إذا كان بغير ذلك فإنه يعتبر فاراً قولاً واحداً.

انظر رد المحتار على الدر المختار ج٢ ص٥٣٥،٥٣٦.

أما القانون فإنه لم يعتد بطلاق المكره إذ نص فى المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه لا يقع طلاق السكران والمكره، ويستوى أن يكون فى الصحة أو المرض وعلى ذلك فمن أكره على طلاق امرأته فإنها ترثه قانوناً كما يرثها لعدم الاعتداد بطلاقه.

الشرط الثاني :

أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي فلو كان الطلاق البائن قبل الدخول الحقيقي، ولو بعد الخلوة لا تستحق ميراثاً لعدم تحقق الفرار منه، لأن الميراث لا يثبت إلا لمن لها عدة والمطلقة قبل الدخول الحقيقي تبين إلى غير عدة، ووجوب العدة بعد الطلاق البائن على من اختلى بها خلوة صحيحة للاحتياط محافظة على الأنساب والميراث حق مالى لا يثبت للإحتياط.

الشرط الثالث:

أن تكون المطلقة طلاقاً بائناً فى مرض الموت أهلاً للميراث من مطلقها وقت الطلاق والموت وما بينهما فإذا لم تكن أهلاً للميراث وقت الطلاق بأن كانت كتابية لا ترث ولو أسلمت فى العدة لأنه لا يعتبر فى هذه الحالة هارباً من إرثها لوجود المانع من الإرث وهو اختلاف الدين فلم يقع ضرر عليها حتى يرد عليه قصده.

ولو كانت أهلاً للميراث وقت الطلاق ثم خرجت عن هذه الأهلية قبل الموت فإنها لا ترث أيضاً كما لو كانت مسلمة وقت الطلاق ثم ارتدت فى عدتها واستمرت على ردتها حتى مات وهى فى العدة أو عادت إلى الإسلام قبل موته فإنها لا ترثه لأنها بالردة سقط حقها فى الميراث ولا يعود هذا الحق بالإسلام لأن الساقط لا يعود.

وهذا بخلاف ما إذا طلقها فى مرضه، ثم فعلت مع أحد أصوله أو فروعه فى عدتها ما يوجب حرمة المصاهرة فإنها ترثه لأنها بهذا الفعل لم تخرج عن أهلية الارث إذ ليس وراء هذا الفعل سوى التحريم والتحريم لا يبطل أهلية الارث بخلاف الردة فإنها مبطلة للأهلية.

الشرط الرابع:

أن يموت والمطلقة فى العدة فلو مات بعد انقضاء عدتها لا ترثه لانقطاع الزوجية وأثارها.

هذا هو الحكم لو كانت الفرقة فى حال المرض، بسبب من الزوج وفيما يلى حكم الفرقة على الميراث لو كانت بسبب من الزوجة.

الفرقة بسبب من الزوجة:

الفرقة من الزوجة إما أن تكون فى حال صحتها وإمـا أن تكـون فـى حـال مرضها مرض الموت.

فإن كانت فى حال صحتها كما لو اختارت نفسـها بخيـار البلـوغ أو عـدم الكفاءة أو كأن فعلت مع أحد أصول زوجها أو فروعـه مـا يوجـب حرمـة المصـاهرة فإنهما لا يتوارثان كما لو كان سبب الفرقة من قبل الزوج.

ولو ارتدت حال صحتها فإنهمـا لا يتوارثـان كذلـك. بخـلاف مـا لـو ارتـد الزوج فى حال صحته ومات وهى فى العـدة فإنهـا ترثـه لأن ردة الـزوج فـى معنـى مرض موته، إلا أن احتمال الصحة باحتمال توبته وعودته إلى الإسلام قائم فإذا قتل على الردة أو مات عليها فقد زال هذا الإحتمال واعتبر كأنه طلقها فى مرض الموت.

وأما ردتها فليست فى معنـى مـرض المـوت لأنهـا لا تفضـى إلى المـوت لأن المرتدة لا تقتل وفقاً للمذهـب الحنفـى فلـم يكـن النكـاح القـائم حـال ردتهـا سـبب لاستحقاق الارث فى حقه، فلذلك لم يرثها الزوج.

أما لو كانت الفرقة بسببها فى حال مرضها مرض الموت، أو ما فى حكمـه من كل أمر يغلب فيه الهلاك عادة، وماتت قبل انقضاء عدتها فإنها تعتبر فارة مـن إرث زوجها فتعامل بنقيـض مقصودهـا فيرثهـا زوجهـا إذا مـاتت وهـى فـى العـدة ولاترثه إذا مات قبلها ولو كان موتــه قبـل انقضـاء عدتهـا، لأن حـق الـزوج يتعلـق بمالها فى مرض موتها، كما يتعلق حقها بماله فى مرض موته فلـو كـان الـزوج قـد فـوض إليها أمر الطلاق البـائن فطلـقته فى مرض موتها أو كان لها خيـار الفسخ

(١) [illegible]

فاختارت نفسها فى مرض موتها وحكم القاضى بفسخ الزواج تبعاً لاختيارها أوارتكبت مع أحد أصول الزوج أو فروعه فى مرض موتها ما يوجب حرمة المصاهرة أو ارتدت عن الإسلام فى مرض موته، فإنها تعتبر فى جميع هذه الأحوال فارة من ميراث زوجها، فيرثها ولا ترثه، معاملة لها بنقيض مقصودها(1).

(1) البحر الرائق ج4 ص49 .

الخلــع

الخلع (بفتح الخاء) لغة: النزع والإزالة، يقال خلع فلان ثوبه خلعاً إذا نزعه وأزاله. وبضم الخاء: طلاق المرأة ببدل منها أو من غيرها[1].

وفى اصطلاح الفقهاء : إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع أو ما فى معناه كالمبارأة[2]. والمباينة والمفارقة.

وذلك كأن يقول الزوج لزوجته : خالعتك على مهرك فتقول قبلت، أو تقول هى له : خالعنى على مائة جنيه، أو على مهرى فيقول : قبلت، فلا فرق فى إيجاب الخلع أن يكون من قبل الزوج أو من قبل الزوجة. غاية الأمر أن الفرقة لا تقع إلا بعد القبول ، لأنه عقد على الطلاق بعوض ولا يستحق العوض بدون القبول.

فلو قال لها : خلعتك على مائة جنيه، ولم تقبل، فلا يتحقق الخلع لأن الزوجة لم تقبل أن تدفع لزوجها بدل الخلع.

ولو قال أنت طالق فى نظير مائة جنيه وقبلت أو قالت له: طلقنى نظير مائة جنيه وقبل لم يكن خلعاً يترتب عليه أحكام الخلع، بل يكون طلاقاً على مال.

---

(١) انظر القاموس المحيط ج٣ مادة خلع .

(٢) الفتح على الهداية ج٣ ص١٩٩ ، مجمع الأنهر ج١ ص٤٤٦ رد المحتار ج٢ ص٥٧٢ .

التعريف المذكور خاص بالخلع المسقط للحقوق كما سيأتى أما لو قال لها : خلعتك بلا ذكر مال فإنه [illegible] يسمى خلعاً شرعاً بل هو طلاق بائن غير متوقف على قبولها بل على النية منه فقط وذلك لأن الخلع نوعان : طلاق بائن بعوض، وكناية من كنايات الطلاق يقع بها بائناً عند النية:

فالنوع الأول: لا تقع الفرقة فيه ولا يستحق العوض إلا بالايجاب والقبول لأنهما ركنه. وفى النوع الثانى: إذا قال خالعتك ولم يذكر العوض، ونوى الطلاق - وقع طلاقاً بائناً وإن لم ينو الطلاق لا يقع به شئ.

هذا هو تقرير المذهب الحنفى، أما ما عليه القانون فإنه يقع به طلقة رجعية إذا نوى الطلاق أخذا من المذهب الشافعى الذى ينص على أنه يقع بالخلع المجرد عن المال طلقة رجعية وان لم ينو به الطلاق، لا يقع به شئ .

جوازه شرعاً :

الخلع جائز ولا بأس به شرعاً عندما يستحكم الخلاف بين الزوجين ولا تثمر جهود الوسطاء من الأقارب والأصدقاء فى التوفيق بينهما أو عندما ترى الزوجة أنها لا تستطيع لسبب أو لآخر ان تقوم بحقوق زوجها وأحبت فراقه فالتمادى على الخلاف والشحناء والباغضة قواعد للشر ومجلبة للفساد ومحطمة للصحة. وقد قال ﷺ فى البغضة بأنها الحالقة – يعنى حالقة للدين وللفضائل الإنسانية.

وقد دل على جوازه : الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب : فقوله تعالى ﴿ فإن خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ .. فقد أباحت هذه الآية الكريمة للزوجة أن تفتدى نفسها بمال تعطيه للزوج وأباحت للزوج قبوله وذلك أن خافا عدم القيام بحقوق الزوجية على نحو ما شرع الله من حسن الصحبة، وجميل العشرة.

وأما السنة : فيما رواه البخارى عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبى ﷺ ، فقالت: والله يا رسول الله ما أعتب على ثابت فى خلق ولا دين ولكني أكره الكفر فى الإسلام-أى تكره التقصير فى حقه- فقال لها النبى ﷺ : أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم ، فقال رسول الله ﷺ : ﴿ أقبل الحديقة وطلقها تطليقة﴾(1).

فهذا الحديث قد دل على أن المرأة إذا كرهت زوجها أو خافت ألا تقيم حدود الله فلا حرج عليها، أن تفتدى نفسها كما لا جناح على الزوج أن يأخذ منها ما تفتدى به، وإذا لم يكن هناك سبب لطلب الخلع فإنه يكره للزوجة أن تطلبه لقوله عليه السلام (ايما امرأة إختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة) .

---

(1) نيل الأوطار ج٦ ص٢٧٦

والحديقة المشار إليها أعطاها ثابت لزوجته هذه حين تزوجها

طبيعة الخلع:

طبيعة الخلع، أو التكييف الفقهى للخلع، أنه كالطلاق على مال، يعتبر يميناً فى جانب الزوج، لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال، والتعليق يسمى يميناً، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع فى جانب الزوجة، لأنها تبذل ما تبذل لا فى مقابلة مال، ولا منفعة مقومة بالمال، وانما تبذله فى مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية وسلطان زوجها وذلك لا يعد مالاً شرعاً من ثم لم يكن الخلع فى جانبها معاوضة خالصة[1].

ويستوى فى إعتبار الخلع يميناً فى جانب الزوج ومعاوضة لها شبه بالتبرعات فى جانب الزوجة أن يكون من صدر منه الإيجاب الزوج أو الزوجة.

أثر هذا الإعتبار:

يظهر أثر اعتبار الخلع يميناً فى جانب الزوج ومعاوضة له شبه بالتبرعات فى جانب الزوجة فى الأحكام الآتية:

أولاً: يبطل الخلع إذا كان من صدر منه الإيجاب هى الزوجة ثم رجعت عنه قبل قبول الزوج فلو قالت له: اختلعت نفسى منك بكذا أو اختلعنى على كذا فإنه يصح لها أن ترجع عن ايجابها قبل قبوله، ويبطل الخلع بأن تقول رجعت عن خلعى لأنه من جانبها معاوضة والإيجاب فى المعاوضات يصح الرجوع فيه قبل قبول الطرف الآخر.

ثانياً: يبطل الخلع إذا كان الإيجاب صادراً من الزوجة وقامت من المجلس قبل قبول الزوج فلو قالت: خلعت نفسى منك بمائة جنيه وقبل أن يقبل

---

(1) هذا هو مذهب أبى حنيفة الذى يعتبر أرجح الأقوال، وقال أبو يوسف ومحمد: ان الخلع يعتبر يميناً من جانب الزوجين جميعاً.

زوجها قامت من مجلسها ثم قبل بعد قيامها لا يقع به شئ لأن المعاوضات تبطل بالتفرق بعد الإيجاب وقبل القبول.

أما لو كان الإيجاب صادراً من الزوج وقام من مجلسه قبل قبول الزوجة فإن الخلع لا يبطل بل يصح إذا قبلت بعد قيامه، كاليمين لا يبطل بالقيام من المجلس.

ثالثاً : لا تتوقف صحة الخلع على حضور الزوجة لو كان الموجب هو الزوج بل يكون صحيحاً ولو كانت غائبة فإذا بلغها فلها القبول ويقتصر قبولها على مجلس علمها لأنه في جانبها معاوضة. بينما تتوقف صحته على حضوره فلو كان إيجاب الخلع منها والزوج غائباً ثم لما بلغه أجاز، لم يصح[1].

رابعاً : لا يصح للزوج أن يشترط الخيار لنفسه، فلو قال لها خالعتك على مائة جنيه على أني بالخيار ثلاثة أيام مثلاً فقبلت صح الخلع وبطل الخيار، فيقع الطلاق في الحال ويلزمها أداء المال، لأن الخلع في جانبه يمين ولا خيار في الأيمان واشتراط الخيار حينئذ اشتراط فاسد والخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة.

أما إذا كان شرط الخيار لصالح الزوجة بأن قال لها: خالعتك أو بارأتك على مائة جنيه على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت. أو كأن قالت له: خالعني على مائة جنيه على أني بالخيار ثلاثة أيام، فقبل، فإنه يكون صحيحاً فإن اختارت في المدة أو لم ترد الخيار حتى مضت أيامه، وقع الطلاق ووجب المال، وإن ردته في الثلاث لا يقع الطلاق، ولا يجب المال[2].

---

(١) مجمع الانهر ج١ ص٤٥١ ، رد المحتار على الدر المختار ج٢ ص٥٧٣ .

(٢) قال أبو يوسف ومحمد والأئمة الثلاثة، لا يصح الخيار من الزوجة كما لا يصح من الزوج والطلاق واقع وعليها البدل، لأن الخيار للفسخ بعد الإنعقاد لا للمنع من الانعقاد ، والخلع قد انعقد بإيجاب الزوج وقبول الزوجة، فلا يحتمل الفسخ لأنه من جانبه يمين واليمين لا يقبل الفسخ وأما من جانبها فلأن قبولها شرط تمام اليمين، فإن يمين الزوج يتم بقبول الزوجة فأخذ قبولها حكم اليمين فى عدم احتمال الفسخ.
الفتح والعناية على الهداية ج٣ ص٢١٣ . وقيد الثلاث ليس له مفهوم لأنه يجوز ولو كان أكثر من ثلاث.

خامساً : يصح للزوج أن يعلق الخلع على أمر فى المستقبل كأن يقول: إذا أقدم فلان من السفر فقد خالعتك على كذا وأن يضيفه إلى الوقت كأن يقول خالعتك على كذا، أول الشهر القادم. ويعتبر القبول منها حينئذ عند قدوم الشخص، ومجئ الوقت لا وقت الشرط والإضافة، لأنه تطليق عند وجود الشرط والوقت، فكان قبولها قبل ذلك لغواً .

أما الزوجة فلا يصح لها تعليق الخلع ولا إضافته إلى الزمن المستقبل، لأنه في جانبها معاوضة وتمليك والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة(١).

بدل الخلع :

بدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها فى مقابل طلاقها وخلاص نفسها منه والكلام عليه في موضعين:

الأول : ما يحل للزوج أخذه عوضاً.

الثاني : ما يصلح أن يكون بدلاً في الخلع.

ما يحل للزوج أخذه عوضاً :

يختلف حل أخذ البدل باختلاف الحالات التى تكون بين الزوجين وهى لا تخرج عن ثلاث:

الحالة الأولى: أن يبغض كل منهما الآخر ويكرهه معا قد يخشى معه التقصير فى القيام بحقوق الزواج، وعندئذ يجوز للزوجة أن تفتدى نفسها بمال تعطيه لزوجها، ويجوز للزوج أن يأخذه منها، لقوله تعالى: ﴿ فإن خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ .

---

(١) رد المحتار ج٢ ص٥٧٣ .

فقد رفع الله تعالى الاثم والمؤاخذة عما يأخذه الزوج. بدلاً عن الخلع عند خوف الزوجين أو من يعنيهم الأمر من أهلهما عدم قيامهما بحقوق الزوجية على نحو ما شرع الله.

غاية الأمر أنه يستحب ألا يأخذ منها أكثر مما أعطاها مهراً وجهازاً فذلك الذى يتفق ومكارم الأخلاق.

الحالة الثانية : أن تكون الكراهة من جانب الزوجة وحدها :

إذا كرهت الزوجة زوجها وأحبت فراقه، ولم يكن الزوج قد أضر بها أوأساء إليها فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به ولا اثم عليه فى ذلك، لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ ولا يحل لكم أن تأخذوا مما اتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ .

فقد رفع الله تعالى الاثم والمؤاخذة عن الزوج، فيما أخذه من الزوجة مقابل طلاقها قليلاً كان أو كثيراً.

روى البخارى أن الربيع بنت معوذ، قالت كان بينى وبين ابن عمى كلام، وكان زوجها، قالت فقلت له : لك كل شئ وفارقنى قال قد فعلت، فأخذ والله كل فراشي، فجئت عثمان بن عفان فقال: الشرط أملك له كل شئ(1).

الحالة الثالثة: أم تكون الكراهة من جانب الزوج وحده بطراً منه ليتزوج بغيرها، وفى هذه الحالة لا يحل للزوج ديانة، أن يأخذ منها شيئاً لقوله تعالى : ﴿وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم أحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً، أتأخذونه بهتاناً واثما عظيماً﴾(2) .

---

(1) نيل الأوطار ج٦ ص٢٨٢، وقد ذهب بعض العلماء إلى أنه يستحب للزوج فى هذه الحالة ألا يأخذ منها أكثر مما أعطاها كما فى الحالة الأولى .

(2) آية ٢٠ من سورة النساء .

فقد نهى الله تعالى عن الأخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه.

والإجماع قائم على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق، وفى امساكها لا لرغبة بل اضراراً وتضييقاً ليقتطع مالها فى مقابلة خلاصها من الشدة التى هى فيها معه، أخذ مالها بغير حق، ولو كان برضاها لأنه فى الواقع رضا مشوب بالاكراه يقول تعالى : ﴿ ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾ .

ويقول جل شأنه : ﴿ ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن﴾

الا أنه لو أخذ جاز فى الحكم فيحكم بصحة التملك وان كان بسبب خبيث لأنه لا تلازم بين حرمة أخذ البدل وترتب أثر الخلع عليه.

ما يصلح أن يكون بدلاً فى الخلع:

كل ما كان مالاً متقوماً، أو منفعة تقابل المال، صح أن يكون بدلاً فى الخلع، ومن ثم يجوز أن يكون من النقدين والعقار والمنقول وسكنى الدار وزراعة الأرض زمناً معلوماً، ومن ذلك الخلع فى مقابل الرضاع والحضانة والانفاق على الصغير، والابراء من نفقة العدة.

أمثلة تطبيقية

الخلع فى مقابل الرضاع:

إذا خالع الرجل زوجته على أن ترضع ولدها منه وقبلت، صح هذا الخلع وعليها أن ترضعه المدة التى اتفقا عليها وان لم يتفقا على مدة فإنها ترضعه المدة التى حددها الشارع للرضاع وهى سنتان، فإن امتنعت عن الإرضاع أو مات الولد أوماتت هى قبل تمام المدة كان للزوج أن يرجع على الزوجة أو ورثتها بما يعادل أجرة رضاع الولد عن المدة الباقية إلا إذا شرطت عند الخلع أنه إذا مات الولد أوماتت هى فلا شئ عليها، فليس له أن يرجع عليها بشئ، ولو اختلعت بما عليه

من المهر وبرضاع ولده الذى هى حامل به جاز ، فإن مات أو لم يكن فى بطنها ولد، ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة، وكذا إذا ماتت هى، ولو كانت قالت: خالعنى على رضاعة الولد وحضانته عشر سنين، رجع عليها بأجرة رضاع سنتين ومعه باقى السنين إلا إذا اشترطت عدم الرجوع[1].

الخلع فى مقابل الحضانة:

لو خالعها على أن تقوم بحضانة ولده منها، صح الخلع، ولزمها القيام بحضانته المدة المحددة لها شرعاً، فلو هربت أو مات الولد أو ماتت هى، كان للزوج أن يرجع عليها أو على ورثتها بما يعادل أجرة الحضانة عن المدة الباقية إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك.

الخلع فى مقابل الانفاق على الصغير:

لو خالعها على أن تنفق على ابنه الصغير مدة معلومة، صح الخلع، وإن كان قدر النفقة مجهولاً لأن الجهالة غير المتفاحشة متحملة فى الخلع ويلزمها الانفاق عليه المدة التى اتفقا عليها فإن امتنعت عن الإنفاق أو مات الولد أو ماتت هى قبل انتهاء هذه المدة كان للزوج أن يرجع عليها بمثل نفقته فى المدة أو فيما بقى منها، وإذا كانت الزوجة معسرة، فطالبته بالنفقة يجبر على دفعها لأن بدل الخلع دين عليها فلا تسقط النفقة الواجبة عليه بدين له عليها كما إذا كان له عليها دين آخر وهى لا تقدر على قضائه، صيانة للولد عن الهلاك ويبقى بدل الخلع ديناً يرجع به عليها عند يسارها.

---

(1) مجمع الأنهر ج١ ص٤٥٢ ، الفتح على الهداية ج٣ ص٢١٧ .

الخلع في مقابل ابقاء الصغير أو الصغيرة إلى البلوغ:

إذا خالعت المرأة زوجها على أن يبقى ولده عندها إلى البلوغ صح في الأنثى لا الغلام، لأنه يحتاج إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم، والأب أقدر على ذلك من الأم أما الأنثى فإنها تحتاج إلى من يعلمها ويدربها على شئون النساء، والأم أقدر على ذلك من الأب، فلذلك صح إشتراط بقاء الأنثى عند الأم إلى البلوغ. ولم يصح ذلك للغلام، وإذا تزوجت المختلعة كان للزوج أخذ الولد منها وان اتفقا على تركه، لأن هذا حق الولد ويرجع عليها فيما بقي من المدة.

الخلع في مقابل الإبراء من نفقة العدة:

إذا خالعت المرأة زوجها في مقابل ابرائه من نفقة العدة، صح الخلع وبرئ الزوج منها، وان كانت مجهولة لأن الجهالة يسيرة وهي محتملة في الخلع.

ولو خالعته على نفقة العدة والسكنى في مدتها صح في إسقاط نفقة العدة وبطل في إسقاط السكنى لأن سكنى المطلقة في غير المسكن الذى كانت فيه وقت الطلاق معصية، لا يصح اسقاطها بحال ما دامت في العدة، لكن لو أبرأته من مؤنة المسكن، بأن التزمت الإقامة في ذلك المسكن حتى تنقضي عدتها، وتقوم هي بدفع الأجرة من مالها أو كان البيت ملكاً لها صح الابراء[1].

حكم الخلع:

إذا تم الإتفاق على الخلع ترتبت عليه الأحكام الآتية:

أولاً: يقع به طلاق بائن لأنه من جملة الكنايات ولا تشترط فيه النية، لأنه بحكم غلبة الاستعمال صار كالصريح ولأن الزوجة ما أعطته المال إلا لتسلم لها نفسها، وتتخلص من سلطان الزوج عليها وذلك يكون بالبينونة.

---

(١) انظر الفتح على الهداية ج٣ ص٢١٧، ٢١٨.

غايته أنه يشترط أن يكون الزوج أهلا لوقوع الطلاق وذلك بأن تتوفر فيه شروط المطلق.

ثانياً : لزوم المال المسمى، لوجوبه بالتزامها ما لم تكن محجورة بالسفه أومكرهة فلا يلزمها شئ ويقع الطلاق، لأن البدل تبرع. والسفيهة والمكرهة ليستا أهلاً للتبرع.

وانما لزمها المال متى كانت أهلاً، لأن وقوع الطلاق لا يتوقف على أداء المال، بل يقع بمجرد توافق الإيجاب والقبول ثم يكون المال ديناً فى ذمتها، يلزمها أداؤه.

ثالثاً : إذا كانت الزوجة مريضة مرض الموت، وخالعها زوجها على مال فى أثناء مرضها وقبلت وقع عليها طلاق بائن كما لو كان الخلع فى حال صحتها.

أما إستحقاق الزوج المال، فيختلف باختلاف ما إذا ماتت وهى فى العدة، أو بعد قضائها فإن ماتت فى العدة، فلزوجها الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع، إن كان يخرج من ثلث تركتها وان لم يخرج فله الأقل من الإرث والثلث. احتياطياً ومحافظة على حقوق ورثتها، إذ قد يكون المقصود من هذا الخلع محاباة الزوج، بأن تجعل له فى مقابل الخلع نصيباً أكبر مما يستحق بطريق الارث لو كانت الزوجية قائمة بينهما وقت وفاتها.

وبدل الخلع فى معنى التبرع، وتبرعات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية والوصية لا تنفذ إلا من الثلث للأجنبى، والزوج بالخلع صار أجنبياً، ومن ثم لم يستحق من التركة فى مقابل الخلع وهى مريضة إلا الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع، إن كان يخرج من ثلث التركة، أو الأقل من ارثه والثلث إن كان لا يخرج من الثلث، رداً لقصدهما.

أما إذا ماتت بعد انقضاء العدة، أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن كان يخرج من الثلث، والا أخذ الثلث. لأن بدل الخلع فيه معنى التبرع والتبرع في مرض الموت وصية، والوصية لا تجوز بأكثر من الثلث[1].

هذا هو أرجح الأقوال في المذهب الحنفي، وهو ما كان يجرى عليه العمل في المحاكم قبل صدور القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية الذى أجاز الوصية بثلث التركة سواء كان الموصى له وارثاً أم أجنبياً ومن ثم أصبح بعد العمل بهذا القانون، لا فرق بين موت الزوجة وهى في العدة أو موتها بعد العدة، فالحكم واحد في الحالين، وهو أن الزوج يستحق الأقل من بدل الخلع وثلث التركة.

الطلاق على مال والفرق بينه وبين الخلع:

الطلاق على مال هو الصيغة التطبيقية والعملية للخلع. فقد جرى عرف الناس أنه عندما يستحكم الخلاف بين الزوجين أو تكره الزوجة زوجها أن تطالبه بطلاقها نظير أن تبرئه من مؤخر صداقها ونفقة عدتها، أو أحدهما أو بما يكون متجمداً لها من النفقة الماضية أو أن تلتزم بإرضاع ولدها أو حضانته أو الانفاق عليه مدة معلومة إلى غير ذلك.

والطلاق على مال ليس له لفظ مخصوص كالخلع[2] بل يصح بكل صيغ الطلاق، صريحاً وكناية.

وبعض الفقهاء كالشافعية وغيرهم لا يفرق بين الخلع والطلاق على مال ويجعلون الخلع والطلاق على مال اسمين لشئ واحد هو الفرقة في مقابل اسقاط الزوجة عن حقوقها الزوجية أو بعضها أو نظير مال تدفعه لزوجها.

---

(١) انظر مجمع الأنهر ج١ ص٤٥٤، والفتح على الهداية ج٣ ص٢١٨ .

(٢) الفاظ الخلع : خالعتك، بايتك، بارأتك ، انظر رد المحتار ج٢ ص٥٧٤ .

وبعض الفقهاء كالحنفية وغيرهم، يرى أن الخلع يختلف عن الطلاق على مال، فى بعض الأحكام ويتفق معه فى البعض الآخر:

فيتفقان فيما يأتى :

أولاً : الفرقة التى تقع بكل من الخلع والطلاق على مال، تعتبر طلاقاً بائناً من غير توقف على القضاء.

ثانياً : قبول الزوجة للبدل الذى جعل الخلع والطلاق على مال فى مقابلته، شرطاً لابد منه، فإن قبلت وقع الطلاق وصار البدل ديناً فى ذمتها ووجب عليها أداءه للزوج، وإن لم تقبل لا يقع الطلاق، ولا يلزمها شئ.

الأحكام التى يختلفان فيها:

أولاً : الخلع يسقط عند أبى حنيفة كل حق مالى ثابت لأحد الزوجين قبل الآخر وقت الخلع، وما يتعلق بالنكاح الذى وقع الخلع فيه ولا يسقط هذا الحق عند الصاحبين. أما الطلاق على مال فإنه لا يسقط به شئ من حقوق الزوجية اتفاقاً إلا إذا نص عليه.

ثانياً: إذا بطل البدل فى الخلع، وقع الطلاق بائناً لأن لفظ الخلع وما فى معناه كالمبارأة، من الكنايات التى يقع بها الطلاق بائناً عند الحنفية بخلاف ما لو بطل البدل فى الطلاق على مال، فإنه يكون رجعياً لكونه صريحاً فى الطلاق ومتى بطل العوض، لا يجب للزوج على زوجته شئ فى مقابل الطلاق والذى يجرى عليه العمل فى المحاكم المصرية أن البدل إذا بطل سواء فى الخلع والطلاق على مال، وقع الطلاق رجعياً .

اثبات الطلاق وكيفية علم الزوجة بـه فى ظل أحكام القانـون رقم ١٠٠ لسنـة ١٩٨٥م.

استحدث القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بشأن تعديل بعض أحكـام قوانـين الأحوال الشخصية أحكاماً فى شأن اثبات الطلاق وما يترتب عليه من آثـار لم تكـن موجودة من قبل. وهذه الأحكام تتمثل فيما نص عليه فى المادتين الخامسة مكرر (١) والثالثة والعشرون مكرر(١)وفيما يلى نصوصهما وشرحهما وبيان المقصود منهما(١).

أولاً : مادة ٥ مكرر (١):

على المطلق أن يوثق اشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خـلال ثلاثـين يومـاً من تاريخ الطلاق.

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضـره كـان علـى الموثق إعلان ايقاع الطلاق لشخصها علـى يـد محضـر، وعلـى الموثـق تسـليم نسـخة اشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار مـن وزير العدل.

وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة، فـلا تترتب أثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به.

الجديد فى النص:

أوجب القانون على المطلق أن يبـادر إلى توثيـق اشـهاد طلاقـه لـدى الموثـق المختص(المأذون أو مكتب التوثيق بالشهر العقارى على حسب الأحوال) وهذا النص

---

(١) المادتان ٥ مكرر (١) و٢٣ مكرر (١) أضافهما القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى مادته الأولى إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

الوجوبى الذى لم يكن موجوداً من قبل، دعت إليه كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذه المادة، حاجة الأسرة وحمايتها من تتابع المشاكل إذ قد ظهر من استقصاء حالات الطلاق، أن بعض الأزواج قد لجأوا إلى إيقاع الطلاق فى غيبة زوجاتهم وأخفوا عنهن خبره، وفى هذا إضرار بالمطلقات وتعليق لهن بدون مبرر، بل أن بعض الأزواج كان يوثق الطلاق رسمياً لدى الموثق ثم يحتفظ بورقتى الطلاق لديه متظاهراً للزوجة باستدامتها واستمرارها، حتى إذا ما وقع الخلاف بينهما أبرز سند الطلاق شاهراً اياه فى وجهها محاولاً به إسقاط حقوقها، وليس هذا بدعاً جديداً، فقد سبق لفقهاء المذهب الحنفى ان واجهوا حال إخفاء الطلاق بتأخير بدء العدة إلى وقت الإقرار من الزوج بحدوث الطلاق فقالوا : لو كتم طلاقها لم تنقض العدة زجراً له بمعنى أن الزوج إذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعد ذلك به لم تبدأ العدة إلا من وقت هذا الإقرار ولا يعتد باسناد الطلاق إلى تاريخ سابق (الدر المختار وحاشية رد المحتار لابن عابدين الجزء الثانى فى باب العدة)

وبناء على هذا ولما كانت الدولة قد نظمت أمر توثيق الطلاق فاختصت المأذون بتوثيق اشهادات الطلاق بين الأزواج المصريين المسلمين ومكتب التوثيق بالشهر العقارى بالأزواج إذا اختلفت جنسياتهم أو دياناتهم، رأى المشرع أن ينظم طريق علم الزوجة بطلاقها حتى لا تتابع المشاكل بين الزوجين إذا أخفى الطلاق.

وقت ترتيب آثار الطلاق:

وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة مكرراً فإن أثار الطلاق لا تترتب فى حق الزوجة إلا من تاريخ علمها به وذلك أخذاً كما تقول المذكرة الإيضاحية، مما قرره فقهاء الحنفية فى حالة ما إذا كتم الزوج طلاق زوجته وأخفاه عنها.

طرق علم الزوجة بالطلاق:

ذكرت المادة المشار إليها فى فقرتها الثانية وجهين اعتبرت كلا منهما طريقا لحصول علم الزوجة بالطلاق وهما:

أ- إذا حضرت وقت توثيق اشهاد الطلاق أمام الموثق المختص الذى ألزمه القانون حينئذ أن يسلمها نسخة من هذا الإشهاد.

ب- إذا لم تكن الزوجة حاضرة وقت توثيق اشهاد الطلاق فعلى الموثق اعلانها بوقوع الطلاق لشخصها على يد محضر.

هذا وما ذكرته الفقرة الثانية من الوجهين المشار إليهما ليس على سبيل الحصر، وانما فقط مجرد مثالين اعتباريين على علمها بحصول الطلاق، وهذا لا يمنع من علمها بحصول الطلاق بطرق أخرى، كما لو خالعت زوجها على الطلاق أو أقرت بالطلاق في ورقة رسمية أو عرفية غير منكورة منها أو غير ذلك من طرق العلم الشرعية الأخرى والتى يترتب عليها أن يكون الطلاق واقعاً عليها ومرتباً لآثاره فى حقها[1].

---

[1] نظم قرار وزير العدل رقم ٣٣٦٩ لسنة ١٩٨٥ المنشور بالوقائع المصرية فى ١٩٨٥/٧/٢٩ العدد ١٧٢، أوضاع وإجراءات إعلان وتسليم إشهاد الطلاق إلى المطلقة تنفيذاً للفقرة الثانية من المادة الخامسة مكرر(١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، وفيما يلى نص هذا القرار.

مادة ١ : على الموثق المختص بتوثيق إشهاد الطلاق أن يثبت فيه بياناً واضحاً عن محل إقامة المطلقة، ويكون إثبات هذا البيان بإرشادها في حالة حضورها توثيق الاشهاد وبإرشاد المطلق فى حالة عدم حضورها.

ويجب على الموثق المختص فى جميع الأحوال اثبات محل إقامة المطلق فى إشهاد الطلاق .

مادة ٢- يجب على الموثق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق اشهاد الطلاق إعلان للمطلقة لشخصها على يد محضر بوقوع الطلاق وذلك فى حالة عدم حضورها توثيق إشهاده.

مادة ٣ : يجب أن يتضمن الإعلان المشار إليه فى المادة السابقة البيانات التالية:

١- تاريخ وقوع الطلاق .

٢- اسم الموثق الذى وثق اشهاد الطلاق ومقر عمله.

٣- رقم اشهاد الطلاق.

٤- بيان الطلاق الذى تضمنه الاشهاد.

٥- اخطار المطلقة باستلام نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها [illegible] الموثق المختص خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان.-

مادة ٤: فيما عدا ما تقدم تطبق القواعد و [illegible] والتجارية على الاعلان بوقوع الطلاق.

إثبات الطلاق وأثره على تقييد حق الزوج في إيقاع الطلاق:

وجوب توثيق إشهاد الطلاق لدى الموثق المختص إجراء شكلي ليس له أثر موضوعي على حق الزوج في إيقاع الطلاق، فالطلاق يقع من الزوج على زوجته بمجرد حصوله دون توقف على توثيقه، وهذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة ومن قبلهم الصحابة والتابعون، وهذا ما حرصت المذكرة الإيضاحية للنص على إبرازه ووضوحه حيث جاء فيها: وليس في إيجاب توثيق الطلاق ولا في تنظيم طرق العلم به أي قيد على حق الطلاق الذي أسنده الله للزوج واختصه به في أكثر من آية من آيات القرآن الكريم. كذلك لا تشكل تلك الإجراءات أي قيد على جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق. غاية الأمر أن آثاره بالنسبة للزوجة في حالة اخفائه عنها، لا تبدأ إلا من تاريخ علمها به، وإثبات الطلاق والدليل عليه بإعتباره من الشروط الموضوعية يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية في حدود نص المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

ويجوز للمطلق أن يثبت ذلك الطلاق بكافة طرق الإثبات الشرعية على الوجه الذي عنته المذكرة الإيضاحية.

- مادة ٥: على الموثق تسليم المطلقة أو من تنيبه عنها نسخة اشهاد الطلاق الخاصة بها بعد أخذ إيصال بذلك يرفق بأصل الاشهاد، فإذا لم تحضر المطلقة أو نائبها لدى الموثق لاستلام الاشهاد الخاصة بها يجب على الموثق تسليم هذه النسخة إلى المحكمة التابع لها بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ التوثيق بمقتضى إيصال يفيد ذلك، وعلى المحكمة في هذه الحالة إرسالها إلى المطلقة بكتاب مسجل بعلم الوصول ان كانت تقيم في مصرا وبواسطة وزارة الخارجية ان كانت تقيم في الخارج.

مادة ٦ : على الموظف المختص بالمحكمة قيد نسخ اشهادات الطلاق التي تسلم إليه فور استلامها في سجل خاص يبين فيه رقم الاشهاد وتاريخ واسم الموثق واسمى المطلق والمطلقة ومحل إقامة كل منهما وبيان الطلاق الوارد بالاشهاد وتاريخ استلامه نسخة الاشهاد الخاصة بالمطلقة وعليه ارسالها في اليوم التالي لتسليمها إلى المطلقة وفقاً لأحكام المادة السابقة مع اثبات تاريخ ورقم الارسال في السجل المشار إليه، والتأشير فيه بعد ذلك بما تم نحو تسليم النسخة إلى المطلقة.

مادة ٧ : إذا أعيدت نسخة الاشهاد الخاصة بالمطلقة إلى المحكمة بعد إرسالها إليها لتعذر تسليمها، فعلى الموظف المختص بالمحكمة حفظها في ملف خاص والتأشير بذلك في السجل المشار إليه في المادة السابقة.

أما المادتان الثامنة والتاسعة فتختصان بتوثيق وثيقة الزواج، وأما المادة العاشرة فقد ألغت قرار وزير العدل رقم ٢٢٤٥ لسنة ١٩٧٩، كما ألغت كل نص يخالف ذلك.

هذا واثبات الطلاق كان جارياً في مصر قبل العمل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على ما يأتي:

أولاً: إذا كان الخلاف في حياة الزوجين، فإنه يثبت بكل وسائل الاثبات الشرعية فيثبت بالإقرار ويثبت بالنكول عن اليمين عند الصاحبين وبالبينة وغايته أن الطلاق لو ثبت بالاقرار أو النكول فإن العدة كما يقول بعض الفقهاء لا تثبت إلا من وقت التصادق أو النكول، لا من الوقت الذى اسند الطلاق إليه.

ثانياً : إذا كان الخلاف على وقوع الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين فاما أن يكون وقوعه قبل سنة ١٩١١ واما أن يكون من ١٩١١.

فإن كان وقوعه قبل سنة ١٩١١ فإنه يثبت بورقة خالية من شبهة التزوير، وبالأولى يثبت بورقة رسمية أو ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفي وعليها توقيعه.

أما إذا كان وقوع الطلاق تالياً لهذا التاريخ أى من سنة ١٩١١ فإن الطلاق لا يثبت إلا بورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيعه أو ورقة رسمية. والحكمة في ذلك أن دعوى الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين تكون في الغالب نزاعاً على مال ومادامت كذلك فتأخذ حكم الوصايا في النزاع عليها والوصايا لا تثبت بعد الوفاة إلا بورقة رسمية أو ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفى.

وهذا بخلاف الحوادث الواقعة قبل سنة ١٩١١ حيث هذه الوقائع معفاة من الإثبات بالورقة الرسمية أو المكتوبة كلها بخط المتوفى، لأن لائحة سنة ١٨٩٧ كانت تجيز الاثبات بالورقة العرفية الخالية من التزوير، فبقيت الحوادث التى وجدت فى ظلها على حكمها.

والمراد بخلو الورقة من شبهة التزوير ألا يظهر منها ما يدل على أنها أعدت لتكون مسوغاً للدعوى وتقدير ذلك متروك للقاضى وذلك تيسيراً على الناس فى هذه الفترة.

وعلى ذلك فإن الطلاق الذى لا يثبت إلا بورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيعه أو ورقة رسمية، فإنه لا يكون الامن وقت تطبيق اللائحة الجديدة[1].

ثانياً : جزاء الإخلال بأحكام المادة الخامسة مكررا :

أضاف القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المادة ٢٣ مكرراً ليواجه بها الإلتزامات التى فرضها على المطلق وعلى الموثق فى المادة الخامسة مكرراً ونص المادة ٢٣ كالآتي:

يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة الخامسة مكرراً من هذا القانون كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الإجتماعية أو محل إقامة زوجته أوزوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر فى المادة ١١ مكرراً.

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً إذا أخل بأى من الإلتزامات التى فرضها عليه القانون. ويجوز أيضاً الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة.

شرح المادة:

عاقب القانون المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام التى نصت عليها المادة الخامسة من القانون وهى التى سبق أن أوضحناها وهى متعلقة بتوثيقه اشهاد الطلاق وكيفية إعلان الزوجة ..

---

(١) انظر فى الإثبات / الأحوال الشخصية لفضيلة المرحوم الدكتور محمد أبو زهرة .

وهذه العقوبة التى نص عليها القانون هى عقوبة تعزيرية والعقوبة التعزيرية كما جاء بالمذكرة الإيضاحية للنص عقوبة مفوضة إلى رأى الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفى وتختلف بإختلاف الجريمة.

وقد أجاز الفقهاء التعزير بالحبس ويجوز أن يكون العقوبة الوحيدة وأن يضم إليه عقوبة أخرى كالتغريم وهذه العقوبة الأخيرة أجازها أبو يوسف وأجازها بعض فقهاء الشافعية وأجيزت فى مواضع فى مذهب الإمام أحمد.

وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وكان تنظيم أمر توثيق الطلاق وإعلام المطلقة بوقوعه ووصول سنده إليها من المصالح العامة فإن تجريم المطلق إذا أخل بالواجبات المنوطة به فى المادة الخامسة مكرراً من هذا المشروع يكون أمراً ذا سند صحيح شرعاً .

كذلك يعاقب الموثق إذا أخل بالتزاماته التى فرضها عليه هذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة ٢/٢٣ مكرراً .

إذ لا يكفى فى الأمور التنظيمية تقريرها بل لابد من حماية هذا التنظيم حتى يؤتى ثماره.

إذا كانت حكمة الشريعة ، قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج، فقد أقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها، وأوجبت على القاضي أن يجيبها إلى طلبها إذا كان هناك سبب يدعو إلى ذلك.

والأسباب التي يجب على القاضي أن يفرق بين الزوجين على أساسها سبعة أسباب وهي :

السبب الأول: التفريق لعدم النفقة:

تقرر فيما سبق أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج فإن امتنع عن الانفاق ولم يؤد ما وجب عليه فاما أن يكون موسراً واما أن يكون معسراً، فإن كان موسراً فللزوجة أخذ النفقة من ماله ولو كان ديناً على آخر. أو وديعة أودعها غيره، بما يتيسر لها من الطرق، سواء كان حاضراً أو غائباً. بإذنه وبغير إذنه، يدل لذلك ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبى سفيان على رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى إلا ما أخذت من ماله بغير علمه. فهل علىّ فى ذلك من جناح، فقال خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك[1].

وان لم تتمكن من أخذها مباشرة رفعت الأمر إلى القاضي ليأمره بالانفاق ويجبره عليه، وليس لها أن تطلب التفريق لأن الامتناع عن الإنفاق وهو قادر عليه ظلم لها، والتفريق لم يتعين طريقاً لرفع الظلم، حتى يلجأ إليه، فإن أبى حبسه، فإن صبر على الحبس، أخذ النفقة من ماله، فإن لم يجد إلا عروضاً أو عقاراً باعها فى ذلك، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد.

---

(١) سبل السلام ج٤ ص٤٤٣ .

وقال أبو حنيفة : النفقة من ماله من الدراهم والدنانير ولا يبيع عروضاً ولا عقاراً إلا بإذنه أو إذن وليه، لأنه لا ولاية له عليه.

وأما إن كان معسراً، وطلبت التفريق، فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فالحنفية يرون أنها لا تجاب إلى طلبها ويأذن لها القاضي في الإستدانة عليه.

وجمهور الفقهاء يرون أنها تجاب إلى طلبها ويفرق بينها وبين زوجها وقد استدل الحنفية بما يأتي :

أولاً: يقول الله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾، دخل تحت هذا النص كل معسر، والنفقة لا تعدوا أن تكون ديناً في ذمة الزوج وقد أعسر عن أدائه فكانت المرأة مأمورة بالإنتظار بالنص، وليس لها الحق في طلب التفريق.

ثانياً: بقوله تعالى: ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما أتاها ﴾، فهذا يدل على أن الزوج إذا لم يقدر على الإنفاق لا يكلف به، وإذا لم يكن مكلفاً به، فلا يصح أن يجعل سبباً في التفريق.

وقد سئل الزهري عن رجل عاجز عن نفقة امرأته، أيفرق بينهما ؟ قال: تستأني به ولا يفرق بينهما وتلا قوله تعالى : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً﴾ فقد خرج الآية، على أنه من التكليف غير المعقول أن يفرق بين المرء وزوجته بسبب اعساره.

ثالثاً: في التفريق، إبطال لحق الزوج وفي الإنتظار وعدم التفريق تأخير حق الزوجة ديناً عليه، وتأخير الحق أهون من إبطاله، فوجب المصير إليه، عملاً بالقاعدة المقررة شرعاً، وهي : ارتكاب أخف الضررين، إذا لم يكن مفر من ارتكاب أحدهما.

واستدل الجمهور بما يأتي:

أولاً: يقول الله تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾، وبقوله تعالى: ﴿ ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا﴾ . وليس الامساك مع ترك الانفاق

امساكاً بمعروف وفيه ضرر لها، فتعين التسريح، فإن أبى، ناب القاضي منابه وفرق بينهما.

ثانياً: ما روى أبو هريرة ﷺ، أن رسول الله ﷺ قال: ﴿ اليد العليا خير من اليد السفلى ويبدأ أحدكم بمن يعول تقول المرأة أطعمني أو طلقني ﴾، فالزوجة لها أن تطلب الطلاق إذا عجز الزوج عن إطعامها.

ثالثاً: إذا عجز الزوج عن الإتصال بزوجته جنسياً، وطلبت التفريق، تجاب إلى طلبها فأولى أن يجاب طلبها بالتفريق للعجز عن الإنفاق لأن البدن يبقى بلا إتصال جنسي ولا يبقي بلا قوت.

وأيضاً، فإن منفعة الإتصال مشتركة بينهما فإذا ثبت في المشترك جواز التفريق لعدم المنفعة، ففي المختص بها أولى.

هذه هي آراء الفقهاء في هذه المسألة، والأدلة التي استندوا إليها.

ويظهر أن رأى الجمهور أولى بالإعتبار، فإنه جعل الرأى لها وهي التي تقدر مصلحتها فإن أرادت أن تضحى وتتحمل شظف العيش معه، وتتمسك به وفاء لعشرته وتقديراً لمحبته واحتراماً للرابطة المقدسة بينهما ورأت أن الصلة بينهما صلة روحية لا تجارية، حمدت على ذلك، وقد يفرج الله الكرب، ويبدل عسره يسراً في أمد قريب، وإن رأت أن حياتها معه متعذرة، وعجزت عن تحمل ما تلاقيه من ضرر البقاء معه وطلبت التفريق فعلى القاضي أن يلبى رغبتها فقد يكون في إكراهها على الحياة معه ما هو أضر له وألم من البعد عنها.

فالتفريق لم يكن لازماً لثبوت الاعسار، وانما هي التي تحدد المصير الذي تراه.

وقول الحنفية حلا للموقف بأنها تستدين عليه، فإلى متى تستدين، ومن أين تجد الشخص الذى يعطيها نفقتها من طعام وكسوة، على أمل أن يسدد هذا الزوج الذى ثبت إعساره؟ لاشك أن ذلك عسير خصوصاً في وقتنا الحاضر، وقد كان

العمل فى المحاكم. يجرى على مذهب الحنفية. حتى صدر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ وجاء فيه(١).

(أن الزوج إذا كان حاضراً وادعى الإعسار مع إقامة البينة أو تصديق الزوجة له يمهله القاضى مدة لا تزيد على شهر، لعل الله يبدل عسره يسراً فإن لم ينفق عليها، طلق القاضى عليه بعد ذلك).

أما إذا اعترف بيساره أو سكت، أو ادعى الإعسار ولم يقم على ذلك بينة ولم تصدقه الزوجة فى ذلك،وأصر على عدم الإنفاق، وأصرت المرأة على التطليق، فإن القاضى يطلقها فى الحال، دفعاً للعنت والأضرار. وإذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة يمكن وصول الإعلان إليه بسهولة وفى مدة لا تتجاوز تسعة أيام، أعلن بموجب الحضور للإنفاق أو إرسال النفقة وضرب له أجلاً حسبما يراه القاضى، فإذا تحققت المحكمة من وصول الإعلان ولم يحضر ولم يرسل النفقة طلق القاضى عليه، ما دامت الزوجة مصرة على ذلك ومثله المسجون، يطلق عليه بعد إعلانه، إذا لم يرسل للزوجة النفقة الواجبة فى المدة المضروبة لذلك. فإن كانت الغيبة بعيدة، لا يتيسر إعلانه فى تلك المدة، أو لا يعرف له محل إقامة، أو كان مفقوداً لا يعلم أحى هو أم ميت، طلق عليه القاضى فى الحال، بدون ضرب مدة ولا إنذار، لعدم الفائدة.

هذا والطلاق الذى يوقعه القاضى على الزوجة، طلاق رجعى إذا كانت الزوجة مدخولاً بها فإذا أزال سبب التطليق، فله أن يراجعها، مادامت فى العدة ولا يكتفى بالوعد والاستعداد للإنفاق، بل لابد من دفع النفقة المطلوبة منه فى الحال، فإن لم يدفع لا يحكم بصحة الرجعة.

---

(١) المادتان ٤، ٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠

السبب الثاني : التفريق للعيب :

العيوب قد تكون، تناسلية خاصة بالرجال، وهي الجب والعنة، والخصاء[1]، وقد تكون تناسلية خاصة بالنساء كالرتق والقرن[2].

وقد تكون عيوب مشتركة بين الرجال والنساء كالجنون والجذام والبرص وغيرها من سائر الأمراض المنفرة أو المتعدية إلى الغير بالمخالطة.

ولا خلاف بين فقهاء المذهب الحنفي في أنه لا خيار للزوج، بسبب عيوب الزوجة مطلقاً، فلا ينفسخ بها الزواج لأنها غير مانعة من حصول المقصود من الزواج، ثم هي عيوب قد ينفع فيها العلاج، فيزول به المانع وإذا تضرر الزوج من عيب زوجته فله أن يتخلص منها بالطلاق.

وذهب جمهور الفقهاء، إلى أن الزوج يثبت له خيار الفسخ إذا ما وجد زوجته معيبة بأحد هذه العيوب : الرتق، والقرن، والجنون، والجذام، والبرص، لأن هذه العيوب تمنع من المعاشرة الجنسية إما حساً وإما طبعاً، ولم يعرض القانون لعيوب الزوجة وعلى ذلك يكون القانون الواجب التطبيق بالنسبة لها هو أرجح الأقوال من المذهب الحنفي الذى لا يسوغ فسخ الزواج بشئ منها.

أما عيوب الرجل، فقد اتفق على أن الزوجة إذا وجدت بزوجها عيباً من العيوب التناسلية الثلاث : العنة والجب والخصاء فلها خيار الفسخ بشروطه لأن مقاصد الزواج الأصلية من التوالد والتناسل لا تتحقق مع هذه العيوب، ولأن هذه العيوب، لما كانت غير قابلة للزوال فلا يمكن تلافى الضرر الناشئ عنها إلا بالتفرقة بين الزوجين، فإن لم يطلق الزوج وأبى، قام القاضى مقامه فى الطلاق، حيث فات الإمساك بالمعروف.

---

(١) الجب : بفتح الجيم استئصال عضو التناسل، والعنة بضم العين وتشديد النون المفتوحة : عجز الرجل عن الوصول إلى النساء والخصاء بكسر الخاء : سل الخصيتين .

(٢) الرتق : بفتحات انسداد المحل ، والقرن بفتحات عدة فى المحل تمنع الإختلاط الجنسى

أما إذا وجدت الزوجة بزوجها عيباً آخر غير هذه العيوب التناسلية مثل الجنون والجذام والبرص، فقد اختلف فقهاء الحنفية فى جواز التفريق بسببها فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه لا خيار لها لأن هذه العيوب لا يفوت بها المقصود من الزواج كما يفون بالجب والعنة والخصاء.

وذهب محمد بن الحسن إلى أنه يثبت للزوجة بسببها خيار الفسخ، لأن هذه العيوب تتضرر بها ضرراً عظيماً.

ويعتبر ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف هو القول الراجح في المذهب.

اثبات العيوب:

يتحقق الجب بطرق الإثبات فى مثله فإن ثبت ذلك عند القاضي بأى طريق من طرق الاثبات أمر الزوج بتطليقها في الحال، لأنه لا فائدة في التأخير والانتظار فالجب أمر حسي يمكن تعرفه في الحال بالمشاهدة فإن لم يطلقها ناب القاضي عنه فى تطليقها منعاً للضرر عنها.

أما إذا وجدت المرأة زوجها عنينا أو خصياً، وطلبت من القاضي تطليقها منه لأنه لم يصل إليها بسبب عنته سأله القاضى عن دعواها فإن أقر بها وصادقها على أنه لم يصل إليها، فلا يفرق بينهما فى الحال، سواء كانت بكراً أو ثيباً، بل يؤجله سنة قمرية عساه أن تعتدل طبيعته لاشتمال السنة على الفصول الأربعة المختلفة فيستطيع مخالطتها، وابتداء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعى أو طبيعي يمنعه من المباشرة فإن كان كذلك فيكون ابتداء السنة من حين زوال المانع، ولا يحتسب من السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضاً لا يستطاع معه المعاشرة فإن مضت السنة ولم يستطع ذلك، وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها، طلقها القاضى منه.

والتقدير بالسنة مروى عن عمر ﷺ ولأن السنة جعلت غاية فى صبرها وإبلاء عذرها شرعاً، وأما إن سأله القاضى عن دعواها فأنكرها وقال أنه وصل إليها فإن كانت ثيباً، فالقول قوله بيمينه، لأن الظاهر يشهد له، إذ الأصل فى الإنسان

السلامة فإن حلف أنه وصل إليها رفضت دعواها وإن نكل اعتبر نكوله مصادقة لها، فيؤجل سنة كما فى حال الصادقة السابقة.

وإن كانت بكراً من الأصل عين القاضى امرأتين يثق بهما للكشف عليها فإن قالتا هى ثيب فالقول للزوج بيمينه لأن الظاهر يشهد له وإن قالتا هى بكر يؤجله سنة . كما مر.

فإذا مضت السنة وعادت الزوجة مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها، أعيد الكشف عليها مرة ثانية فإن تبين بعد الكشف عليها أنها ما تزال بكراً طلقها القاضى منه وإن تبين أنها ثيب، فالقول للزوج بيمينه.

وإذا ادعت الزوجة أن زوجها أزال بكارتها بأصبعه مثلاً لا بالوقاع فالقول قول الزوج بيمينه فى أنه أزال بكارتها بالوقاع لا بالإصبع.

والحكمة من إتخاذ هذه الإجراءات فى عيبى العنة والخصاء هو أن الوقوف على حقيقة العنة والخصاء متعذر وليس لأهل الخبرة من الأطباء رأى قاطع بالنسبة لهما حتى يستعان برأيهم وربما يكون عجز الزوج عن مباشرة زوجته، لعارض سريع الزوال، وليس عيباً مستحكماً، لا يمكن البرء منه وقد يعجز الرجل عن معاشرة امرأة دون أخرى، أو فى زمن دون آخر، فلهذا يؤجل القاضى سنة عساه أن يتمكن خلالها من الوصول إلى زوجته حتى يكون حكم القاضى مبنياً على عيب مستحكم فعلاً لا على مجرد عارض قد يكون سريع الزوال.

والتفريق لهذه العيوب يكون بطلقة بائنة، وتستحق المرأة المهر كاملاً إن كان قد اختلى بها.

هذه هى العيوب كما هى فى المذهب الحنفى والتى ما يزال العمل جارياً على مقتضاها بالنسبة لعيوب التناسل. وقد جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بعيوب أخرى عرفها بأوصافها ولم يعينها باسمائها من كل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص والزهرى وما أشبه من - كل عيب منفر أوضار - أخذاً مما قاله محمد بن الحسن من الحنفية والأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد وإن كان المذهب المالكى هو أوضح المذاهب فى هذه المسألة.

شروط التفريق بهذه الأسباب:

يشترط في العيب المثبت للتفريق، أربعة شروط:

الشرط الأول: أن يكون العيب مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن ولكن بعد زمن طويل فإن كان المرض قريب الزوال فلا يسوغ طلب التفريق.

الشرط الثاني: ألا يمكن المقام معه إلا بضرر ، كالجنون والبرص والضرر عام يشمل ضررها وضرر نسلها.

ويستعان في تحقيق هذا الشرط وسابقه بمعرفة أهل الخبرة من الأطباء إذ هم الذين يبينون مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناشئ عن الإقامة مع وجوده.

الشرط الثالث: ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب عند الزواج فلو تزوجته وهي تعلم بحاله ليس لها الحق في طلب التفريق لأن زواجها منه حينئذ يعتبر رضا منها بالعيب وإسقاطا لحقها الجنسي.

الشرط الرابع: ألا يوجد منها رضا صراحة أو دلالة بعد العلم بالعيب فلو تزوجته وهي لا تعلم بحاله ثم علمت به ورضيت بالبقاء معه صراحة أو دلالة لم يكن لها الحق في طلب التفريق.

وقد نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في المواد من ٩ إلى ١١ على هذه الأحكام وإليك هذه النصوص:

مادة ٩ : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

مادة ١٠ : الفرقة بالعيب طلاق بائن.

مادة ١١ : يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها.

السبب الثالث: التفريق للضرر وسوء العشرة:

قد يتعدى الزوج حسن العاشرة والمعاملة بالحسنى إلى الإضرار بالزوجة فيؤذيها بالضرب المؤلم أو الشتم المقذع أو يتعنت معها فيحملها على الفعل المحرم، أو يهجر فراشها أو يعرض عنها من غير سبب يبيح ذلك، فهل ذلك أو مثله يخول للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها؟

المذهب الحنفي لا يرى ذلك سبباً صحيحاً يوجب التفريق، لأنه لم يتعين طريقاً لخلاص الزوجة مما حل بها من أذى، وعلى القاضي أن يأمره بحسن العشرة وإلا أدبه بما يراه كفيلاً بحمايتها منه.

وقد كان العمل بالمحاكم جارياً على هذا، إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فأجاز أن تطلب الزوجة التفريق بسبب الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين مثيلاتها، أخذاً من مذهب المالكية، فإذا استعملت الزوجة هذا الحق وطلبته من القاضي وأثبتت صحة دعواها، طلقها القاضي طلقة بائنة. قال رسول الله ﷺ: ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾. فالإبقاء على الزوجية مع التعنت واساءة العشرة، مجلبة لأضرار كثيرة قد تتعدى آثارها البغيضة إلى الأبناء والأقرباء وكل من له علاقة بقرابة أو مصاهرة. وإذا عجزت الزوجة عن إثبات دعواها ورفضها القاضى لذلك، ثم عادت وكررت دعواها وعجزت مرة أخرى عن إثباتها عين القاضي حكماً من أهله وحكماً من أهلها لأن الأقارب أعرف ببواطن الأمور، فإن لم يوجد من أهلها من يصلح لذلك عين من الأجانب ممن يتوسم فيه الخبرة والقدرة عن الإصلاح وإزالة أسباب الخلاف، فإن وفق الله بينهما رفعا الأمر إلى القاضي بما اتفقا عليه، وان عجزا عن إصلاح ذات بينهما وقررا أن الاساءة ثابتة من قبل الزوج وحده أومنهما معا أو أشكل الأمر عليهما ولم يعرفا مصدر الاساءة، فرق القاضي بينهما.

أما إذا كانت الإساءة من الزوجة، وادعت على الزوج كاذبة أنه يسئ عشرتها فالقانون لا يمكنها من ذلك حتى لا يكون ذلك طريقاً إلى إغراء الزوجات وفتح باب المنازعات ولكن مذهب مالك صريح فى أن الإساءة إن كانت من الزوجة.

فللحكمين الخيار فى الإبقاء على الزوجية ان رأيا مصلحة فى ذلك وإلا فعلى الزوجة أن تفتدى نفسها بمال يرضى به الزوج بالغاً ما بلغ. إذا رأيا أنه لا فائدة من الإبقاء على زوجية تكون المرأة نكداً عليها وجحيماً فى بقائها، ويكون فرض المال مانعاً من الاغراء بالمشاكسة لمثيلاتها. والطلاق الذى يوقعه القاضى بناء على تقرير الحكمين طلاق بائن.

ومأخذ أحكام التطليق للضرر كما قلنا، هو مذهب الإمام مالك، ومستنده قوله تعالى: ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ان يريدا اصلاحاً يوفق ا لله بينهما، إن ا لله كان عليماً خبيراً ﴾.

هذا ، وقد بينت مواد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما يشترط فى الحكمين وما يجب عليهما وما يحكم به القاضى وفيما يلى نصوص هذه المواد:

مادة ٦ : إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر، بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد (٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١).

مادة ٧ : يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

مادة ٨ : على الحكمين أن يعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرارها.

مادة ٩ : إذا عجز الحكمان عن الإصلاح، وكانت الاساءة من الزوج أومنهما أو جهل الحال، قررا التفريق بطلقة بائنة.

مادة ١٠ : إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما.

مادة ١١: علي الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه .

هذه هي أحكام التطليق للضرر التى كان معمولاً بها قبل صدور القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فلما جاء هذا القانون استبدل في مادته الثالثة نصوص المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بنصوص أخرى تلافى فيها النقص الذى كان معمولاً به من قبل، وهذه هي النصوص المستبدلة.

مادة ٧ : يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لديهم خبرة بحالهما وقدرة علي الإصلاح بينهما.

مادة ٨ : (أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما علي ألا تجاوز مدة ستة شهور وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة.

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة شهور فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين.

مادة ٩ : لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره. وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

مادة ١٠ : إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

١- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

٢- وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

٣- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

٤- وان جهل الحال فلم يعرف المسئ منهما اقترح الحكمان تطليقاً دون بدل.

مادة ١١ : على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التى بنى عليها، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة ٨ .

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا التقرير فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الإثبات وان عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها التعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض.

هذه هى نصوص المواد التى جاء بها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وأصبحت واجبة التطبيق منذ العمل به.

وبالنظر فيها يتبين أن القانون قد عالج فى هذه النصوص القصور الذى كان موجوداً فى المواد المستبدلة وذلك على الوجه الآتى:

أولاً : ألغت النصوص الجديدة وصف الرجولة فى الحكمين وقد كان شرطا فى النصوص المستبدلة ومن ثم يصح طبقاً لنص المادة السابقة أن يكون الحكمان امرأتين أو امرأة ورجلاً بشرط العدالة.

ثانياً : حددت النصوص الجديدة مدة لقيام الحكمين بعملهما وهى ستة شهور يمكن أن تزاد ثلاثة شهور أخرى فقط، وذلك حتى لا يطول أمد التحكيم أما النصوص المستبدلة فلم يكن فيها لعمل الحكمين مدة محددة.

ثالثاً : أوجبت النصوص على المحكمة تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

رابعاً : طبقاً للنصوص الجديدة فإن امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم لا تأثير له على إستمرار الحكمين فى أداء مهمتهما متى تم إخطاره.

خامساً : فصلت النصوص الجديدة أحكام الصور التى يمكن فرضها عقلاً ووضحت للحكمين ما يتبعانه فى كل صورة من حيث التفريق والنتائج المالية. وذلك بعد عجزهما عن الإصلاح وبذل غاية جهدهما فى التعرف على أسباب الشقاق.

وصور الإساءة أربعة، لأن سببها اما الزوج أو الزوجة أو هما معا أومجهول.

١- فإن كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

٢- وإذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترح الحكمان التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

٣- إذا كانت الاساءة مشتركة اقترح الحكمان التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة.

٤- وإن جهل الحال فلم يعرف المسئ منهما اقترح الحكمان تفريقاً دون بدل، وعليهما أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التى بنى عليها.

سادساً : ألغت النصوص الجديدة بعث حكمين آخرين إذا اختلف الحكمان واكتفت فقط عند عدم الاتفاق ببعث حكم ثالث معهما يكون له معرفة بالحال وقدرة على الإصلاح ليعاونهما فى أداء مهمتهما وذلك بعد أن تحلفه المحكمة اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا التقرير فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الاثبات وقضت فى الدعوى على الوجه الذى أوضحته الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة.

ومع ملاحظة أن التقرير المقدم إلى المحكمة لا يلزم المحكمة بل يعتبر ورقة من أوراق الدعوى ودليلاً للإثبات فيها ويخضع لتقدير المحكمة، لأن تقرير الحكمين فى حالة اتفاقهما هو أولاً وأخيراً اقتراح منهما بما يريانه يخضع لتقدير المحكمة.

هذا وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية أن أحكام المواد من ٧ - ١١ مأخوذة من مذهب الإمام مالك إما نصاً وإما مخرجة على نصوصه.

السبب الرابع: التفريق للغيبة :

اختلف الفقهاء فى التفريق بسبب الغيبة.

فالحنفية والشافعية لا يرونها سبباً للتفريق وإن طالت لانعدام ما يصلح أن يكون سبباً لذلك، وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بسبب الغيبة الطويلة التي تستوحش منها الزوجة وتتضرر بها وإن تيسرت لها النفقة لأن إقامة الزوجة بعيدة عن زوجها مدة طويلة يجعلها كالمعلقة، فلا هى زوجة تتمتع بحقوق الزوجية ولا هى مطلقة تجد فى كنف زوج آخر السعادة، والهناء، وأيضاً تصبح محافظتها على العفة والفضيلة أمراً لا تحتمله الطبيعة البشرية، وهذا ضرر بالغ يجب العمل على إزالته، ولأن ذلك يفوت الامساك بالمعروف، فيجب التسريح بالإحسان.

لكن الحنابلة يرون أن الغيبة لغير عذر انما تكون سببا فى التفريق إذا كانت ستة أشهر أخذا من توقيت عمر ﷺ للجند فى المغازى، فقد روى أنه سأل ابنته السيدة حفظة أم المؤمنين رضى الله عنها فقال : يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت : سبحان الله مثلك يسأل مثلى عن هذا؟ فقال: لولا اننى أريد النظر للمسلمين ما سألتك، فقالت : خمسة أشهر أو ستة، فوقت للناس فى مغازيهم ستة أشهر ويعتبرون الفرقة فسخاً لا طلاقاً.

والمالكية لم يفرقوا بين الغياب لعذر كالتجارة وطلب العلم أو لغير عذر، كما وأنهم قدروا المدة بسنة، فإن كان الزوج فى مكان مجهول، طلق القاضى عليه فى الحال وان كان فى مكان معلوم، كتب إليه بأن يحضر أو يضمها إليه أو يطلق ويضرب له مدة حسبما يرى فان انقضت المدة ولم يفعل شيئاً فرق القاضى بينهما ويكون طلاقاً بائناً حتى لا يمكن من المراجعة، فيعود الضرر ثانياً.

هذه هى أقوال الفقهاء فى التطليق بسبب الغيبة.

وقد كان عمل المحاكم يجرى على عدم التفريق للغيبة بناء على مذهب الحنفية، إلى أن أصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فأجاز التفريق للغيبة، أخذاً بمذهب المالكية والحنابلة ونص فى المادة ١٢ منه على أنه (إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه)، ونص فى المادة ١٣ على أنه (ان أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه، إن لم يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل، ولم يبد عذراً مقبولاً، فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة، وان لم يمكن وصول الرسائل إليه طلقها عليه القاضى بلا أعذار وبلا ضرب أجل).

ويؤخذ من هاتين المادتين أن القانون شرط لجواز التفريق بالغيبة أن لا تكون لعذر أخذاً من مذهب أحمد بن حنبل، وعلى هذا لو غاب الزوج فى بعثة علمية أو لتجارة أو لسفارة مثلاً فلا يجوز التفريق بينه وبين زوجته لهذه الغيبة وأنه جعل حد الغيبة الطويلة سنة، واعتبر الفرقة بسبب الغيبة طلاقاً بائناً وهو مأخوذ من مذهب الإمام مالك مخالفاً فى ذلك مذهب الإمام أحمد الذى حدد أقصى مدة الغيبة التى تتحملها المرأة بعيدة عن زوجها بستة أشهر.

السبب الخامس: التفريق لحبس الزوج:

وهذا السبب أيضاً محل خلاف بين الفقهاء.

فالحنفية لا يرونه سبباً يوجب التفريق، طالت المدة أو قصرت، والمالكية يرونه سبباً للتفريق، كالغيبة سنة فأكثر.

والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أخذاً بمذهب المالكية، نص فى المادة ١٤ على أن لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر، أن تطلب إلى القاضى التطليق بعد مضى سنة من حبسه، ولو ترك

الزوج لها مالاً تستطيع الإنفاق منه، رفعاً للضرر اللاحق بها، فإن فعل يكون الطلاق بائناً.

وقد اشترط القانون مضي سنة من تاريخ القبض على الزوج وحبسه، كي تمضي عليها مدة تستوحشن فيها وتتضرر منها، لأن الفرقة للحبس انما هي للضرر الواقع بالفعل، وليست للضرر المتوقع وبالثلاث سنين يكون ميئوساً من عودة الزوج عودة قريبة، فيستحكم الضرر ان مضت إلى نهاية المدة، فمتى تحققت الشروط التي نصت عليها المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهي :

١- أن يصدر حكم بحبس الزوج ثلاث سنوات على الأقل.

٢- أن يكون الحكم نهائياً.

٣- أن ينفذ الحكم على الزوج.

٤- أن تمضي سنة على الأقل من تاريخ تنفيذ حكم الحبس.

كان لزوجة المحبوس أن تطلب إلى القاضي الفرقة بينها وبين زوجها لتضررها وبعده عنها هذه المدة، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه على نفسها.

وعلى القاضي أن يجيبها إلى طلبها بعد إثبات دعواها ويكون طلاقه بائناً.

السبب السادس : التفريق بسبب التعدد:

لا خلاف في أن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات، وجعلت الإباحة فيه أصلاً وحقاً لمن يلجأ إليه وتقتضيه ظروفه، ولكنها قيدت إباحته بقيود تنظم استعماله وتجعل منه وسيلة للإصلاح وطريقاً لتحقيق المصالح الهامة والأغراض السامية التي قصد المشرع الحكيم تحقيقها والوصول إليها بتشريع هذا الحكم.

بيد أنه نتيجة للجدل العنيف والنقاش الحاد الذى ثار مؤخراً حول مبدأ تعدد الزوجات وتناقلته وسائل الإعلام المختلفة، فقد صدر القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية. وقد تناول هذا التعديل إضافة مادة سادسة مكررة إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد نصت هذه

المادة فى فقرتها الثانية على أنه : (يعتبر إضراراً بالزوجة اقـتران زوجهـا بـأخرى بغير رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليـه فـى عقـد زواجهـا عـدم الـزواج عليهـا، وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج عليه) . ومفـاد هـذا النـص أن مجرد زواج الزوج بأخرى بغير رضا زوجته الأولى، يعتبر فى حد ذاته إضـراراً بهـا يخول لها حق طلب الطلاق منه، وكذلك التـى أخفى عليهـا أنـه مـتزوج بغيرهـا، وعلى القاضى أن يجيبها إلى طلبها متى قدمت وثيقة زواج زوجها بأخرى أو أنه أقر بحصوله.

وهـذه الفقرة مـن المـادة المشار إليهـا تخـالف مخالفـة صريحـة النصـوص الشرعية التى أباحت تعدد الزوجات، ومن ثم تعتـبر تعديـاً لحـدود الله تعـالى، إلا أنها مع ذلك ظلت هى القانون الواجب التطبيـق على المنازعـات الخاصـة بـالتعدد على الرغم من مطالبة الغيورين من العلماء وفقهاء الشريعة بإلغائهـا أو تعديلهـا، إلى أن صـدر بتـاريخ ١٩٨٥/٥/٤ حكـم المحكمـة الدسـتورية العليـــا رقـم ٢٨ لســنة٢ قضائية "دستورية" بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديـل بعـض أحكام قوانين الأحوال الشخصية[1].

وبعد أقل من شهرين من حكم المحكمة الدستورية بإلغاء القانون ٤٤ لسـنة ١٩٧٩ وافق مجلس الشعب على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية، ليحل محل القانون غير الدستورى بعد أن أدخل عليــه بعـض التعديلات التى تلافى بها ما شاب القانون المشار إليه من قصور وعيوب[2].

وقد تناول هذا التعديل الذى جاء بـه القـانون رقـم ١٠٠ لسـنة ١٩٨٥ فـى المادة الأولى منه إضافة المادة ١١ مكررا إلى القانون رقـم ٢٥ لسـنة ١٩٢٩ ونصهـا : (على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الإجتماعية، فإذا كان متزوجاً فعليه أن

---

(١) نشر حكم المحكمة الدستورية العليا بالجريدة الرسمية فى ١٩٨٥/٥/١٦. العدد ٢٠ .

(٢) صدر هذا القانون برياسة الجمهورية فى ١٩٨٥/٧/٣ ونشر بالجريدة الرسمية فى ١٩٨٥/٧/٤ العدد ٢٧

يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق اخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول.

- ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها.
- فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة. ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً. ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى.
- وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك.

ما تتضمنه هذه المادة من أحكام:

تضمنت المادة ١١ مكرر١ ثلاثة أحكام :

الأول: وجوب إقرار الزوج فى وثيقة الزواج بحالته الإجتماعية، فإن كان متزوجاً فيجب عليه أن يوضح فى الإقرار إسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته وقت العقد ومحال إقامتهن.

وعلى الموثق إخطار الزوجة أو الزوجات بالزواج الجديد بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول.

وفى حالة إدلاء الزوج ببيانات غير صحيحة عن حالته الإجتماعية أومحال إقامة زوجته أو زوجاته، أو عدم إخطار الموثق الزوجه بزواج الجديد، فيعاقب كل

منها بالعقوبة المقررة فى المادة ٢٣ مكرر ١ والتى أضافها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩[١].

الثاني: اعتبار إقتران الزوج بزوجة أخرى مسوّغاً يجيز للزوجة التى فى عصمته وقت الزواج الجديد، حق طلب الطلاق منه، إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، سواء اشترطت عليه فى عقد زواجها ألا يتزوج عليها أو لم تشترط. والحكم كذلك بالنسبة للزوجة الجديدة التى أخفى عنها زوجها أنه متزوج بغيرها، ثم ظهر أنه متزوج، كما هو نص الفقرة الرابعة من المادة المذكورة، أى أنه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى بسبب التعدد، يكون لها الحق فى طلب الطلاق، كمن تزوج عليها سواء بسواء، وليس المقصود أن مجرد ظهور أنه متزوج يثبت لها حق طلب الطلاق، لأن النص واضح فى أنه ساواها بها وأعطاها نفس الحكم وهو: أن لها أن تطلب التطليق كذلك، أى كمن تزوج عليها متى أصابها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما.

وفى الحالتين على القاضى أن يوفق بينهما ويحاول الإصلاح ما أمكن، فإن عجز عن الإصلاح طلقها عليه طلقة بائنة.

---

(١) تنص المادة ٢٣ مكرر ١ والتى أضافها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على ما يأتى: يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين

العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكرر ١) من هذا القانون.

- كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر فى المادة (١١ مكرر ١).
- ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً إذا أخل بأى من الإلتزامات التى فرضها عليه القانون. ويجوز أيضاً الحكم بعزله أو وقفه عن عمله مدة لا تجاوز سنة.

ويلاحظ أن الفقرة الأولى من هذه المادة خاصة بإلزام المطلق بتوثيق اشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق كما هو نص المادة (٥ مكرر ١) وقد سبق شرح ذلك وتوضيحه عند الكلام على إثبات الطلاق وكيفية علم الزوجة به.

هذا ويجب أن يكون ملاحظاً، أن ما يصيب الزوجة التى تزوج عليها زوجها من ألم نفسى، لا يعد من أفراد الضرر الذى يجيز لها حق طلب التطليق، لأن مصدره المشاعر الإنسانية التى لا يمكن تنقيه النفوس البشرية منها، وهو أمر إفترض المشرع حدوثه ولم يقصد إلى إزالته، كما أوضحت ذلك المحكمة الدستورية العليا، وأكدته محكمة النقض كما يأتى .

الحكم الثالث - سقوط حق الزوجة فى طلب التفريق.

يستفاد من نص الفقرة الثالثة من المادة ١١ مكررا ، أن حق الزوجة فى طلب التفريق يسقط بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى ، إلا إذا كانت قد رضيت بزواجه صراحة أو ضمنياً، ويقع فى هذه الحالة على الزوج عبء إثبات رضا زوجته الصريح أو الضمنى بزواجه الجديد، على أن حق الزوجة يتجدد فى طلب التطليق كلما تزوج أخرى.

هذا هو التعدد فى ظل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وقد أحسن صنعاً حين أعطى الزوجة حق طلب التطليق إذا تزوج عليها زوجها، أو أخفى على الزوجة الجديدة أنه متزوج بغيرها، وذلك متى لحقها ضرر مادى أو معنوى من جراء هذا التعدد يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، لقوله [redacted} ﴿ لا ضرر ولا ضرار﴾ .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أن الزوجة إذا لحقها ضرر من جراء التعدد نفسه أو من إهمال الزوج لحقوقها، أن تلجأ إلى القضاء ليعمل على وقايتها من هذا الضرر أو يطلقها.

أما مجرد التعدد فى حد ذاته فليس ضرراً موجباً للتطليق، لأن الضرر فعل ما لا يجوز شرعاً، والزواج بزوجة أخرى جائز شرعا بنص القرآن الكريم والسنة الصحيحة وعليه أجمع المسلمون قولاً وعملاً.

وقد أكدت ذلك المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر فى أغسطس ١٩٩٤ ومما جاء فيه : أن الجمع بين أكثر من زوجة بما لا يجاوز الأربع حق لكل رجل وفقاً لصريح النصوص القرآنية التى تأذن بالتعدد، ولا يجوز للزوجة بالتالى أن

تطلب التفريق بينها وبين زوجها لأنه تزوج عليها ولو خالطتها مشاعر نفسية تجاه ضرتها. ذلك أن ما قد يقع بينهما من تباغض يمتد إلى أولادهما، مرده تلك الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد ولا يخلص هو لإحداهما، وهي تعد غيرة لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها، ولا يجوز أن تخل بمقاصد التعدد التي تربو عليها وبالتالي لا يكون الزواج اللاحق في ذاته منشئاً لضرر يخول الزوجة الأولى حق طلب التفريق بينها وبين زوجها، وإنما يقوم حقها في التفريق إذا كان زوجها بعد أن تزوج عليها قد ألحق بها أضراراً لا يجوز التسامح فيها بالمقاييس الشرعية وتتعذر بسببها العشرة بين أمثالهما، ويعجز القاضي عن الإصلاح بينهما، ومن ثم يكون معيار الضرر موضوعياً لا شخصياً.

كذلك جاء حكم محكمة النقض مؤيداً ومقرراً ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا، وفيما يلي ننقل هذا الحكم لأهميته ووضوحه ووضعه النقاط فوق الحروف:

طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٦١ ق أحوال شخصية جلسة ٨ من يناير ١٩٩٦.

الحكم

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر/ حسن حسن منصور، والمرافعة، وبعد المداولة.

حيث إن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع – على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق– تتحصل في أن الطاعنة أقامت الدعوى رقم ٦٠٣ لسنة ١٩٨٩ كلى أحوال شخصية دمنهور على المطعون ضده بطلب الحكم بتطليقها عليه طلقة بائنة للضرر، وقالت بياناً لذلك: إنها زوج له ولا زالت في عصمته وأنه طردها وأمتنع عن الإنفاق عليها وتزوج بأخرى ومن ثم أقامت الدعوى، أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق وبعد أن استمعت لشاهدى الطاعنة حكمت بتاريخ ١٩٩٠/٥/١٥ بتطليقها على المطعون ضده طلقة بائنة، أستأنف المطعون ضده هذا الحكم بالإستئناف رقم ١١٥ لسنة ١٩٩٠ شرعى الأسكندرية "مأمورية دمنهور" وبتاريخ ١٩٩١/٩/٢٦ قضت المحكمة

بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى، طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن، وعُرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيها.

وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد تنعى به الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفى بيان ذلك تقول: إن الحكم أعتبر أن الضرر النفسى الذى أصاب الطاعنة من زواج المطعون ضده بأخرى ليس إلا نوعاً من الألم الذى أفترض المشرع حدوثه وليس هو الضرر المعنى فى حكم المادة ١١ مكرراً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مع أن الضرر يلحق الزوجة من جراء ذلك يشمل الضرر بكافة أنواعه مادياً كان أو أدبياً أو نفسياً إذ أن هذا الضرر له ذاتية خاصة.

وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أن النص فى المادة ١١ مكرراً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه " .... ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أومعنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة ...." مفاده – على ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة– أن المشرع أشترط للحكم بالتطليق وفقاً لحكم هذا النص أن تثبت الزوجة وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما إذ لا يعد مجرد الزواج بأخرى فى حد ذاته ضرراً مفترضاً يجيز للزوجة طلب التطليق، إذ أن من حق الزوج أن ينكح من الزوجات مثنى وثلاث ورباع عملاً بقوله تعالى: ﴿وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا﴾ . وما شرع الله حكماً إلا لتحقيق مصالح العباد، ومن المسلم به أن ما كان ثابتاً بالنص هو المصلحة الحقيقية التى لا تبديل لها وأن العمل على خلافها ليس إلا تعدياً لحدود الله، والمصلحة التى تعارض النصوص القرآنية ليست مصلحة

معتبرة، ولكن أدخل إلى أن تكون تشهياً وانحرافاً فلا يجوز تحكيمها، وقد أذن الله تعالى بتعدد الزوجات لمصلحة قدرها سبحانه وفقاً لأحوال النفوس البشرية فأقره في إطار من الوسطية التي تلتزم بالاعتدال دون جور باعتباره أن الأصل في المؤمن العدل، فإن لم يستطع العدل فعليه بواحدة لا يزيد عليها حتى لا يميل إلى غيرها كل الميل، ومن ثم فإن حق الزوجة التي تعارض الزواج الجديد لا يقوم على مجرد كراهيتها لزوجها أو نفورها مدة لتزوجه بأخرى فليس لها أن تطلب فصم علاقتها به لمجرد الإدعاء بأن اقترانه بغيرها يعد في ذاته إضراراً بها وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضرراً منهياً عنه شرعاً قد أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها على أن يكون هذا الضرر حقيقياً لا متوهماً، واقعاً لا متصوراً، ثابتاً وليس مفترضاً، مستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها وليس مترتباً عليها، مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التي يمكن التسامح فيها شرعاً، منافياً لحسن العشرة بين أمثالهما بما يخل بمقوماتها، ويعد إساءة دون حق اتصلت أسبابها بالزيجة التالية وكانت هي باعثها فإن لم تكن هذه الزيجة هي المناسبة التي وقع الضرر مرتبطاً بها فإن من حق الزوجة طلب التفريق طبقاً للقاعدة العامة في التطليق للضرر وفقاً لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وإلا كان مجرد الجمع بين امرأتين قرينة قانونية يفترض به الإضرار بالزوجة الأولى ويكون التفريق معلقاً على إرادتها وليس في نص المادة ١١ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ما يتضمن تعليقاً لأثار الزيجة التالية على إرادة الزوجة التي تعارض بقاءها، وعلى هذا يكون المشرع قد استبعد الأضرار التي تعود إلى المشاعر الإنسانية التي تعتمل في صدر المرأة تجاه ضرتها التي مرجعها الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد، وهذا أمر لا يمكن تنقية النفوس البشرية منه، ولم يقصد النص المذكور إلى إزالته. لما كان ذلك، وكانت محكمة الموضوع تستقل بتقدير عناصر الضرر الموجب للتطليق دون رقابة عليها من محكمة النقض مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة، لما كان ما تقدم، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على ما أورده بأسبابه من أن

الحكم المستأنف أعتمد فى قضائه على أنه لحق بالطاعنة ضرر معنوى لأنها صغيرة السن وصدمت بالزواج عليها وهذا الألم افترض المشرع حدوده فى حالة الزواج بأخرى، وليس ذلك هو الضرر المقصود بنص المادة ١١ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وهذه أسباب سائغة تتفق وصحيح القانون وتؤدى إلى النتيجة التى أنتهى إليها الحكم، وفيها الرد الضمني المسقط لما أثارته الطاعنة، ومن ثم فإن النعي يكون على غير أساس .

لذلك

رفضت المحكمة الطعن وألزمت الطاعنة المصروفات مع مصادرة الكفالة .... ،

السبب السابع: التطليق بسبب امتناع الزوجة عن الدخول فى طاعة زوجها:

أضاف القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى مادته الأولى إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مادة جديدة برقم (١١ مكرر ثانياً) [1]أوجب فيها على المحكمة عند نظر الاعتراض المقدم من الزوجة بشأن دعوة زوجها عودتها إلى بيت الزوجية، أن تتدخل من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الزوجين لإنهاء النزاع بينهما صلحا

---

(١) تنص المادة (١١ مكرر ثانياً) على ما يأتى:

- إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الإمتناع.

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن. وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان، وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها.

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد. وعلى المحكمة عند نظر الإعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة. فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ - ١١ من هذا القانون.

باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فإذا ظهر للمحكمة أن الخلاف بين الزوجين مستحكم وطلبت الزوجة التطليق فعلى المحكمة أن تتخذ إجراءات التحكيم في دعوى الطلاق للضرر والمنصوص عليها في المواد من ٧-١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

هذا الحكم استحدثه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، وللحصول على حكم المحكمة بالتطليق لهذا السبب، فيجب أن تتبع الخطوات التالية:

أولاً: أن تمتنع الزوجة عن طاعة زوجها بدون حق، وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر بعد أن يوضح لها في هذا الإعلان المسكن المدعوة إليه.

ثانياً : للزوجة الحق في أن تعترض على هذه الدعوة ودخولها في طاعة زوجها في مدى ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانها، وعليها أن توضح في اعتراضها الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعة زوجها، وإلا حكم بعدم قبول إعتراضها.

ثالثاً : على المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين، أن تتدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً بإستمرار الحياة الزوجية وحسن المعاشرة،فإن وفقت في ذلك فبها ونعمت، وبهذا الصلح تنتهي الخصومة.

رابعاً: إذا لم توفق المحكمة في عودة المياه إلى مجاريها وتبين لها أن الخلاف بين الزوجين مستحكم ولا سبيل إلى الصلح بينهما، وطلبت الزوجة التطليق، فعلى المحكمة أن تتخذ اجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من ٧-١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

هذا وطلب الزوجة التطليق من زوجها أثناء نظر دعوى الاعتراض على طاعة زوجها يختلف عن دعوى طلب التطليق للضرر وسوء العشرة في أمرين:

الأمر الأول: في حالة طلب التطليق أثناء نظر دعوى اعتراض الزوجة على طاعة زوجها، فإن المحكمة إذا لم تستطع إنهاء النزاع بين الزوجين صلحا، وتبين لها

لها أن الخلاف بينهما مستحكم فعليه أن تتخذ اجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من ٧-١١ المشار إليها مباشرة ولا تنتظر عجز الزوجة عن إثبات دعواها مرة بعد أخرى، كما في دعوى التطليق للضرر وسوء العشرة.

الأمر الثاني : أن تقرير الحكمين المتفق عليه منهما، في حالة اعتراض الزوجة على طاعة زوجها وطلبها الطلاق، ملزم للمحكمة وعليها أن تتقيد به ولا تعمل بخلافه وإلا كان حكمها باطلاً، وهذا ما قضت به محكمة النقض بجلسة ١٩٩٠/٦/٢٦ في الطعن رقم ٢١ لسنة ٥٨ ق حيث جاء في حكمها : ان الحكمين في دعوى الاعتراض على انذار الطاعة، طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة، وأنهما إذا اتفقا على رأى نفذ حكمهما ووجب على القاضي امضاؤه دون تعقيب.

أما في حالة طلب التطليق للضرر وسوء العشرة، فإن تقرير الحكمين ولو كانا متفقين فيه على رأى واحد، لا يلزم المحكمة بالأخذ به أو التقيد بما جاء فيه، وما هو إلا ورقة من أوراق الدعوى ودليلاً للإثبات فيها يخضع لتقدير المحكمة.

وطبقاً لنص المادتين ١٠، ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، فإن الطلاق الذى يوقعه القاضي في حالة طلب الزوجة تطليقها أثناء نظر دعوى الإعتراض، يكون طلاقاً بائناً، كما هو الحال في الطلاق للضرر وسوء العشرة.

الايـــلاء

الإيلاء لغة الحلف مطلقاً،مأخوذ من آلي يولي فهو مؤل مثل اتى يؤتى فهو مؤت.

وفى اصطلاح الفقهاء حلف الزوج با لله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعداً أو التزامه أمراً يشق عليه إن هو قاربها فى هذه المدة.

فالحلف با لله تعالى، مثل أن يقول الزوج لزوجته وا لله لا أقربك مدة أربعة أشهر أو مدة ستة أشهر أو مدة سنة أو يقول وا لله لا أقربك أبداً أو مدة حياتى أويقول : وا لله لا أقربك بدون ذكر مدة، فإن ذلك يحمل على عدم القربان المؤبد.

والحلف بإلتزام أمر يشق عليه مثل أن يقول : إن قربتك مدة أربعة أشهر أو يذكر مدة أكثر فعلى حج أو عمرة أو صوم شهر أو التصدق بألف جنيه.

لأن الإيلاء يمين واليمين فى اللغة عبارة عن القوة، والحالف يتقوى بهذه الأشياء على الامتناع من قربان امرأته فى المدة، لأن كل واحد منها يصلح مانعاً من القربان فى المدة لأنه يثقل على الطبع ويشق عليه، فكان فى معنى اليمين با لله عز وجل لحصول ما وضع له اليمين وهو التقوى على الإمتناع من مباشرة الشرط.

وعلى ذلك لو علق قربانها على أمر ميسور لا مشقة فى تنفيذه فلا يكون مولياً كما لو قال: ان قربتك فعلى صلاة ركعتين أو التصدق بعشرة جنيهات.

كذلك ليس ايلاء أن يمتنع عن قربان امرأته أربعة أشهر أو أكثر من غير أن يتلفظ بما يدل على الامتناع أو إذا أتى بلفظ يدل على الامتناع من غير أن يؤكد ذلك باليمين أو بالتزام الامر الشاق، أو كان التأكيد بحلف بغير اسم ا لله تعالى، أو صفة من صفاته كالحلف بأبيه أو بولى من الأولياء.

كذلك ليس من الإيلاء شرعاً أن يحلف على أقل من أربعة أشهر، كأن يقول: وا لله لا أقربك مدة شهرين أو ثلاثة، بل يكون يميناً كسائر الايمان، غايته

أنه إذا قربها فى المدة المحلوف عليها، يكون حانثاً وعليه كفارة اليمين[1].

والأصل فى الإيلاء قوله تعالى: ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان ا لله غفور رحيم، وان عزموا الطلاق فان ا لله سميع عليم﴾[2]. وهذا ما ذهب إليه الحنفية.

وذهب الأئمة الثلاثة والجعفرية، إلى أنه يشترط فى الإيلاء، أن تكون المدة المحلوف عليها أكثر من أربعة أشهر، أو مطلقة عن التقييد، لأن الآية الكريمة وضعت لعدم قربان المرأة حداً لا ينبغى للزوج أن يتعداه وهو الأربعة أشهر، وهذه الأشهر الأربعة لا يطالب فيها بشئ، فكان لابد من الزيادة عليها ليطالب فيها بالفئ أو الطلاق.

كذلك اشترط الجعفرية والحنابلة: أن يكون المؤكد باسم ا لله أو بصفة من صفاته، فمن حلف بالطلاق أو التزم ما يشق عليه، لا يكون مولياً، لأنه لا يمين إلا ما اعتبره الشارع يميناً، لأن الحلف عند اطلاقه ينصرف إلى القسم المتعارف عليه فى عصر الرسول ﷺ أنه يمين تلزم الكفارة بالحنث فيه ﴿ لا يؤاخذكم ا لله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقد تم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم﴾[3].

---

(1) ليس الإيلاء خاصاً بلفظ القربان كما هو المذهب الحنفى، بل كل ما يؤدى إلى منع النفس مؤكداً باليمين من الألفاظ يكون فى حكم لفظ القربان.

وكفارة اليمين: اطعام عشرة مساكين يوماً، أو كسوتهم، فإن لم يكن فى ذلك فى الاستطاعة فصيام ثلاثة أيام متتابعات، انظر البداية ج٣ ص١٦١، مجمع الأنهر ج١ ص٤٤٣ .

(2) الآيتان ٢٢٦، ٢٢٧ سورة البقرة .

(3) آية ٨٩ سورة المائدة.

شروط الإيلاء:

يشترط في الإيلاء شرطان :

الشرط الأول: أن تكون المرأة محلاً له بأن تكون زوجة وقت تنجيز الايلاء، وفي حكم الزوجة من كانت مطلقة رجعياً ولا تزال في عدتها حيث يصح الإيلاء منها، لأن الزوجية باقية بينهما، ويسقط الإيلاء لو انقضت عدتها قبل مضى مدته، أما المعتدة من طلاق بائن فلا يصح الإيلاء منها لزوال زوجيتها بالبينونة.

الشرط الثاني : أن يكون الرجل أهلاً للطلاق كما هو مذهب أبي حنيفة(١)والجعفرية. لأن الإيلاء مصيره إلى طلاق بائن إن بر الرجل فيه، فيلزم أن يكون الرجل عاقلاً بالغاً، كما يلزم ذلك في الطلاق، فلا يصح إيلاء المجنون والمعتوه والصبى ولو كان مميزاً.

الإيلاء المعلق والمضاف:

الإيلاء بالحلف بالله يصح أن يكون معلقاً على شرط أو مضافاً الى الزمن المستقبل.

فالمعلق على شرط مثل أن يقول : ان دخلت هذه الدار أو كلمت فلاناً فوالله لا أقربك.

والمضاف الى الوقت مثل أن يقول إذا جاء غد فوالله لا أقربك ، أو إذا جاء أول شهر كذا فوالله لا أقربك.

فإذا وجد الشرط بأن دخلت الدار أو كلمت فلاناً ، أو جاء الوقت المضاف اليه الإيلاء ، بأن جاء الغد أو حل أول الشهر صار مولياً.

---

(١) إشتراط أن يكون الزوج أهلاً للطلاق هو مذهب أبي حنيفة ، أما الصاحبان فالشرط عندهما أن يكون أهلاً للكفارة التي تترتب على الحنث في اليمين. وأثر هذا الخلاف يظهر في حق الذمى إذا آلى من زوجته حالفاً بالله فقال الصاحبان لا يصح منه هذا الإيلاء لأنه يلزم بالحنث فيه كفارة اليمين وهذه الكفارة وإن كان مقصوداً منها عقوبة لها شبه بالقربة فلا تصح من غير المسلم، وقال أبو حنيفة: أن إيلاءه صحيح لأنه من أهل الطلاق وتطلق امرأته إذا بر في إيلائه، أما إذا حنث فلا تلزمه كفارة لأنه ليس من أهلها.

ويعتبر ابتداء المدة من وقت وجود الشرط ومجيئ الوقت لأن الإيلاء يمين واليمين يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كسائر الايمان.

حكم الإيلاء :

يختلف حكم الإيلاء باختلاف توبة الزوج وفيئه، أو إصراره وبره في يمينه. فإن فاء اليها في أثناء المدة " الاربعة أشهر " بأن قربها واتصل بها، بطل الإيلاء وحنث في يمينه ولزمه ما ألزم نفسه به فإن كان حالفاً با لله كان عليه كفارة يمين ، وان كان قد علق الإيلاء على شرط كالحج أو العمرة أو نحوهما كان هو الواجب عليه.

وإن عجز عن قربانها بسبب مرضه أو مرضها ، أو بسبب كونها ناشزة ولا يستطيع الاتصال بها في الحال أو بسبب حبسه أو حبسها أو غير ذلك من الاعذار والموانع ، فإنه يكفي في الرجوع عن الإيلاء أن يقول بلسانه: فئت الى زوجتي أورجعت عما قلت أو راجعتها أو ابطلت ايلاءها وما الى ذلك من العبارات التي تدل على الفيء.

بيد أنه يشترط لصحة هذا الفيء القولى أن يستمر العذر عن القربان من وقت الحلف الى آخر المدة ، فلو آلى منها قادراً ثم عجز أو كان عاجزاً حين آلى وزال العجز في المدة لا يصح فيؤه باللسان لاشتراط العجز المستوعب للمدة[1].

ولو زال المانع في مدة الإيلاء بطل فيؤه باللسان وتعين الفيء بالفعل لأنه الأصل وهو قادر عليه فيبطل حكم الحلف وهو الفيء بالقول.

وفائدة الفيء القولي أنه يمنع ويبطل وقوع الطلاق إذا تمت مدة الإيلاء من غير قربان حقيقي ، لكنه لا يكون فيئاً في حق الحنث لبقاء اليمين، فإذا قربها بعد الفيء باللسان في مدة الإيلاء لزمته الكفارة لتحقق الحنث ، لأن اليمين لا تنحل إلا

---

(١) لا يعتبر العجز الحكمى كالاحرام والاعتكاف لانه باختياره فلا يستحق تخفيفاً ، انظر مجمع الانهار جـ١ صـ٤٤٥ .

بالحنث . والحنث إنما يحصل بفعل المحلوف عليه والقول ليس محلوفاً عليه فلا تنحل اليمين. هذا هو الحكم إذا فاء إليها.

أما إذا لم يفء اليها بأن بر في يمينه وصدق في عزمه ومضت مدة الإيلاء من غير أن يقربها مع قدرته فإنه يقع عليها طلقة بائنة من غير توقف على تفريق القاضي أو إنشاء تطليق عقاباً له على ظلمه بمنعها حقها المشروع[1] على ما هو منصوص عليه في الفقه الحنفي.

وبعد وقوع الطلاق ينتهي الإيلاء إن كانت مدته معينة، فإن كان مؤبداً بأن قال لها : والله لا أقربك ابداً أو مطلقاً، بأن قال : والله لا أقربك ، لا ينتهي الإيلاء بوقوع الطلاق لعدم قربانها في الاربعة الاشهر الاولى لكنه إذا عاد فتزوجها ثانية عاد الإيلاء فان قربها يسقط الإيلاء وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر أخرى وقعت عليها طلقة ثانية بائنة، لأن اليمين باقية لاطلاقها وبالتزويج ثبت حقها فيتحقق الظلم، ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج ، سواء كان النكاح قبل مضي العدة أو بعدها فإن تزوجها ثالثاً عاد الإيلاء.، فإن مضت أربعة أشهر أخرى دون قربانها وقعت طلقة ثالثة ، لأن اليمين باقية ما لم يحنث فيها، ولا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً آخر غيره، فإن عادت اليه بعد الزوج الثاني ، فإنها تعود اليه بحل جديد لا أثر معه للايلاء السابق، بحيث لو مضت أربعة أشهر دون قربانها لا يقع طلاق عليها، لكن يبقى أثر الإيلاء بالنسبة للحنث لان اليمين باقية لعدم الحنث ، فإن قربها بعد ان عادت اليه بعد التحليل ، لزمه الجزاء الذى التزمه أو كفارة اليمين إن كان حالفاً بالله[2].

---

(1) رد المحتار على الدر المختار حـ٢ صـ٥٦٧ .

(2) الفتح على الهداية حـ٣ صـ١٨٧،١٨٨ ، مجمع الانهر حـ١ صـ٤٤٤ . ومن ذلك يعلم حكم الإيلاء على مدة معينة طويلة كسنة مثلاً، فإنه كلما مضت أربعة أشهر من غير قربان بعد تجديد العقد على المرأة فإنه يقع بذلك طلاق بائن حتى تنتهي المدة المعينة أو يكون الحنث بالقربان فتجب كفارة اليمين أو ما التزم من الجزاء.

وذهب الشافعية والحنابلة والمالكية الى أن الزوج إذا لم يفيء الى زوجته في المدة ، فعليها ان تخاصمه أمام القضاء وعلى القاضي أن يأمره بالفيء فإن أمتنع أمره بالطلاق ، ولا تطلق المولى منها بنفس مضي مدة الإيلاء لقوله تعالى: ﴿ وان عزموا الطلاق فإن ا لله سميع عليم ﴾ ولو كان الطلاق يقع بمضى المدة لم يحتج الى عزم عليه ، وقوله: سميع عليم، يقتضى أن الطلاق مسموع ولا يكون المسموع إلا كلاماً فإن طلق وقع طلاقه الذى أوقعه واحدة كانت أو أكثر وان أمتنع من الطلاق طلق القاضي عليه، لأن ما دخلت النيابة فيه وتعين مستحقه وأمتنع من هو عليه قام القاضي فيه مقامه كسائر الديون.

وليس للقاضي أن يأمره بالطلاق ولا يطلق إلا بناء على طلب المرأة ، لانه حق لها، والقاضي يستوفى لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها.

والفيء كما يكون قبل مضي المدة يكون بعدها أيضاًوعند مضي المدة يوقف الى ان يفيء أو يطلق.

والطلاق الواجب على المولى رجعي سواء أوقعة بنفسه أو طلق القاضي عليه، لانه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعياً كالطلاق في غير الايلاء(١).

---

(١) انظر المغنى لابن قدامه جـ٨، صـ٥٢٨ و ٥٤١ ، المهذب جـ٢ صـ١١٠ .

الظهـــار

الظهار في اصطلاح فقهاء المذهب الحنفي هو تشـبيه الرجـل المسـلم زوجتـه بعضو محرم عليه النظر اليه من محارمه الاناث اللاتي يحرم نكاحهن مؤبداً بسـبب النسب أو المصاهرة أو الرضاع.

ومثاله قول الزوج لزوجته: أنت علي كظهر أمي ، فقد شبه زوجتـه بعضـو يحرم عليه النظر على التأييد ، أو نحو ذلك.

فإن لم يشبهها بأن قال لها : أنت أمي أو أختي أو بنتـي لم يكـن ظهـاراً لأن الظهار لابد فيه من التصريح بأداة التشبيه[1].

وإذا شبهها بعضو أو جزء لا يحرم عليه النظر ، كالوجه أو الـرأس ، بـأن قال لها : أنت علي كوجه أمي أو كرأسها فلا يعتبر مظـاهراً لأنـه يحـل لـه النظـر اليه ولو شبهها بمن تحرم عليه تحريماً مؤقتاً كأختها وعمتها وذلك بأن يقول أنـت علي " كظهر أختك أو عمتك" لا يعتبر مظاهراً ، لأن حرمة أخت الزوجـة وعمتهـا موقوتة ببقاء زوجيتها حتى لو طلقها وانقضت عدتهـا أو مـاتت جـاز لـه أن يـتزوج أختها أوعمتها.

---

(1) وغايته أنه يكره للشخص أن يقول لزوجته: انت أمي، أو أختي ، لما روي أن رسول الله ﷺ سمع رجلاً يقول لإمرأته يا أخيه فكره ذلك ونهى عنه ، وذلك لقربه من لفظ التشبيه ، أما لو قال لها أنت مثل أمي أو كأمي ، فيرجع الى نيته فإن قال أردت الكرامة فهو كما قال لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام ، وإن قال أردت الظهار فهو ظهار لأنه تشبيه بجميعها ، وإن قال أردت الطلاق فهـو طلاق بائن لأنه تشـبيه بالام في الحرمه فكأنه قال: أنت على حرام ونوى الطلاق ، وإن لم تكن نية فليس بشئ ويحمل على التكريم، إنما لو قال لها : أنت على حرام كأمى ونوى ظهاراً أو طلاقاً نوى لأن اللفظ يحتملهما وإن لم ينو شيئاً فعلى قول أبى يوسف يكون إيلاء ، ليكون الثابت أدنى الحرمتين ، وفي قول مـحمد ظهار ، لأن التشبيه يختص به ، وهو رواية عن الامام وهو الصحيح . وإن قال لها : أنت عـلى حرام كظهر أمي ونوى طـلاقاً أو إيلاء لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة لأن الصريح لا تعمل فيه النية ، وقال أبو يوسف ومحمد : هو على ما نوى . إن نوى ظهاراً فظهار ، وإن نوى طلاقاً فطلاق وإن نوى إيلاء فإيلاء ، لأن التحريم يحتمل كل ذلك .

انظر الفتح على الهداية جـ٣ صـ٢٣٠ .

ولو شبه زوجته بشيء محرم عليه من غير النساء كالخمر ولحم الخنزير وقتل المسلم فإنه لا يكون مظاهراً على الصحيح من المذهب ولو نواه، بل يكون طلاقاً بائناً إذا انصرفت نيته اليه ، وإذا لم تكن له نية أصلاً كان لغواً أى ليس بشيء[١].

الظهار المطلق والمقيد:

ينقسم الظهار الى مطلق ومقيد :

فالمطلق هو الذى لا يتحدد بوقت ، كأن يقول لزوجته أنت علي كظهر أمي والمؤقت هو الذى يتحدد بوقت معين كشهر أو أكثر ومثاله أن يقول لها أنت علي كظهر أمي شهراً أو سنة.

وتوقيت الظهار مما ينفرد به عن الطلاق لأن الطلاق لا يصح توقيته ، فإذا قال لها أنت طالق شهراً كانت طالقاً أبداً ويبطل التوقيت، أما الظهار فيصح توقيته لأنه بمنزلة الأيمان التي تقع على وقت معين[٢].

حكم الظهار:

الظهار المطلق:

إذا قال الزوج المسلم لزوجته أنت علي كظهر أمي أو أختي وكان عاقلاً بالغاً[٣]، حرم عليه قربان زوجته أو الاستمتاع بها قبل أن يكفر عن ظهاره[٤].

---

(١) رد المحتار جـ٢ صـ٥٩٠ .

(٢) الدر المختار بشرح رد المحتار جـ٢ صـ٥٩٢ .

(٣) فلا ظهار من غير البالغ ولا من المجنون والمعتوه والمدهوش والمغمى عليه والنائم اما السكران فيصح ظهاره وكذا المكره والمخطئ والاخرس باشارته المفهومة ، ولو بكتابة الناطق المستبينة . انظر مجمع الانهر جـ١ صـ٤٤٥، اما الجعفرية فيشترطون من الرجل البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد ، فلا ظهار لصغير أو مجنون او مكره ولا فاقد القصد بالسكر أو الاغماء أو الغضب .

(٤) لكن لو قربها قبل التكفير كان عاصياً لارتكابه فعلاً محرماً هو القربان قبل التكفير وعليه أن يتوب عن هذه المعصية ويستغفر الله تعالى ولا يعود الى قربانها ثانياً حتى يكفر – انظر مجمع الانهر جـ٢ صـ٤٥٦. أو ذهب الجعفرية الى أنه لو فعل ذلك لزمه كفارتان، وإن كرر مقاربتها تكررت الكفارة .

ويجب على الزوجه المظاهر منها أن تمنع نفسها عنه إلى أن يكفر وتطالبه بالكفارة فإن أبى رفعت أمرها الى القاضي وعلى القاضي أن يجبره على الكفارة بالحبس أو بغيره دفعاً للضرر عنها ، ولا يتركه حتى يكفر أو يطلق ، لكنه لو قال كفرت صدق ما لم يكن معروفاً بالكذب.

وليس التحريم بالظهار طلاقاً لأن الظهار لا يرفع حكم النكاح بل هو من قبيل التفريق بالابدان .

والحرمة الثابتة بالظهار لا تزول إلا بالتكفير المنصوص عليه ولهذا لو طلقها ثم تزوجها بعد العدة أو بعد زوج آخر حرم عليه قربانها قبل التكفير(١).

والاصل في هذا ما ثبت في السنن أن أوس بن الصامت قال لزوجته خولة بنت ثعلبة في شيء راجعته فيه: أنت علي كظهر أمي.

وكان الرجل في الجاهلية إذا قال لزوجته ذلك حرمت عليه ابداً ، فندم من ساعته فدعاها فأبت وقالت: والذى نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت، حتى يحكم ا لله ورسوله ﷺ ، فأتت رسول ا لله ﷺ فقالت : يارسول ا لله ان اوسا تزوجنى وأنا شابة مرغوب فيّ فلما خلا سني ونثرت بطني جعلني عليه كأمه وتركني الى غير أحد ، فإن كنت تجد لي رخصة فحدثني بها ، فقال عليه الصلاة والسلام : ما أمرت في شأنك بشيء حتى الان وفي رواية أخرى ما أراك إلا قد حرمت عليه ، قالت : ما ذكر طلاقاً وجادلت رسول ا لله ﷺ مراراً، ثم قالت اللهم انى أشكو اليك فاقتى وشدتى ، وجعلت ترفع رأسها الى السماء وتقول : اللهم انى أشكو اليك ، اللهم فانزل على لسان نبيك وما برحت حتى نزل القرآن فيها فقال ﷺ " يا خولة أبشري ، قالت خيراً . فقرأ عليه الصلاة والسلام قول ا لله تعالى : ﴿ قد سمع ا لله قول التى تجادلك في زوجها وتشتكي الى ا لله وا لله يسمع تحاوركما ان ا لله سميع بصير، الذيين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وإن ا لله لعفو

---

(١) رد المحتار على الدر المختار جـ٢ صـ٤٩١ و٤٩٢

غفور والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به وا لله بما تعلمون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً ، ذلك لتؤمنو با لله ورسوله ، وتلك حدود ا لله وللكافرين عذاب اليم ﴾[1].

وبنزول هذه الآيات تغير حكم الظهار عما كان عليه الحال في الجاهلية وأصبح لا يعد طلاقاً لكونه منكراً من القول وزوراً ولكن تحرم به المرأة على زوجها فلا يحل له قربانها أو الاستماع بها بأي وجه من وجوه الاستمتاع حتى يكفر عن ظهاره على الترتيب الذى نصت عليه آيات الظهار .

هذا هو حكم الظهار إذا كان مطلقاً غير مقيد بوقت .

الظهار المقيد:

إذا كان الظهار مقيداً بوقت كشهر أو أكثر فاما أن يقارب زوجته قبل مضي الوقت المحدد ، أو يظل على ظهاره حتى ينتهى الوقت المحدد .

فان ظل على ظهاره حتى أنتهى الوقت المحدد ولم يقارب زوجته خلال هذه المدة فإنه ينتهي بذلك حكم الظهار ولا شيء عليه من الكفارة .

اما إذا عاد عن ظهاره وعزم الى العودة الى زوجته قبل انقضاء المدة فعليه ان يكفر الكفارة المنصوص عليها والتى نبينها فيما يلي :

---

(1) الآيات ١،٢،٣،٤ من سورة المجادلة .

الكفارة[1]:

الكفارة التى ينتهى بها حكم الظهار هي أحد أنواع ثلاثة مرتبة على ما جاء به النص القرآنى:

الاول: تحرير رقبة سواء أكانت مؤمنة أم غير مؤمنة كبيرة أم صغيرة رجلا أم امرأة لا طلاق النص الوارد في القرآن الكريم .

الثاني : صيام شهرين متتابعين هلاليين لا يفصل بين أيامهما يوم افطار ولو بعذر كسفر أو مرض ولا يصح ان يكون فيهما شهر رمضان ، لأن تتابع الشهرين لم يوجد ، وصوم آخر غير مشروع فيه لتعينه ، إلا إذا كان مسافراً فصام شعبان ورمضان بنية الكفارة فإنه يجزئه[2]، كذلك لا يصح ان يتخلل صوم الشهرين شيء من الايام الخمسة المنهى عن صومها وهي يوما العيد وأيام التشريق، لأن الصوم حرام فيها والحرام لا يتأدى به الواجب .

كذلك لا يصح أن يقرب امرأته مدة صيام الشهرين ، لقوله تعالى ، فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا.

فإن قربها عامداً أو ناسياً[3] أو أفطر ولو بعذر أو تخلل الشهران رمضان أوأحد الأيام المنهى عنها فسد صومه واستأنف الصوم من بدايته لانقطاع التتابع .

الثالث: إن عجز عن الصوم لمرض لا يرجى برؤه أو كبر، أطعم ستين مسكيناً ، يوماً واحد يغديهم ويعشيهم، بحيث لا يكون من بينهم طفل أو صبى أو كبير شبعان.

---

(1) كفر الله عنه الذنب (بفتح الفاء المشددة) محاه ، ومنه الكفارة لأنها تكفر الذنب أي تمحوه.

(2) لو ابتدأ الصوم في أول الشهر الهلالى كفاه صوم شهرين تامين ولو ثمانية وخمسين يوماً اما إذا كان ناقصين أو تسعة وخمسين يوماً إذا كان أحدهما تاماً والأخر ناقصاً وإن لم يكن صومه في أول الشهر بأن صام في اثنائه فإنه يصوم ستين يوماً. انظر مجمع الانهر جـ١ صـ٢٥٩ .

(3) خلافاً لأبى يوسف في النسيان انظر مجمع الانهر جـ١ صـ٤٦٠ .

ويصح في هذا الاطعام ان يكون بطريق التمليك وبطريق الاباحة فالتمليك ان يعطى الفقراء أو المساكين من الطعام أو قيمته ما يكفى حاجاتهم يوماً غداء وعشاء والاباحة ان يقدم لهم الطعام مرتين مشبعتين في الغداء أو الافطار والسحور. ثم يجوز ان يجمع بين الاباحة والتمليك لشخص واحد أو لعدد من الاشخاص ، كما يجوز أن يخص فريقاً منهم باطعام الاباحة وفريقاً آخر بالتمليك ، فالمقصود هو سد حاجة هذا القدر من المساكين[1] ويستوي ان يكون هؤلاء المساكين مسلمين أو غير مسلمين وغايته لا يجوز له اطعام أصله وفرعه[2].

هذا، ومتى اتي المظاهر بالكفارة ، حل له قربان زوجته والاستمتاع بها على الوجه المشروع ، وسقط الظهار.

اما إذا امتنع عن التكفير واستمر على منعه، فانه يكون من حق المرأة ان تلجأ الى القاضي لرفع الظلم الواقع عليها، وعلى القاضي ان يخيره بين التكفير أوالطلاق ويحمله على ذلك بالحبس أو غيره لأنه نصب لرفع الظلم .

فإن ادعى الزوج أنه كفر صدق في دعواه ما لم يكن معروفاً بالكذب.

---

(1) قيد المسكين اتفاقي لجواز صرفه الى غيره من مصارف الزكاة المرجع السابق .

(2) انظر رد المحتار على الدر المختار ، جـ٢ صـ٥٩٨ و ٦٠٠

اللعان

اللعان في اللغة : الطرد والابعاد ، يقال لعنة ، أي طرده وأبعده أو سبه ، فهو لعين وملعون . قال تعالى في شأن إبليس ان عليك اللعنة ، أي الطرد والابعاد من الرحمة، ولا عن الرجل زوجته : قذفها بالفجور.

وفي اصطلاح الفقهاء : شهادات تجرى بين الزوجين مقرونة باللعن أوالغضب[1]...وسببه : قذف الرجل زوجته قذفاً يوجب الحد في الاجنبية ، بأن يقول لها : أنت زانية ، أو رأيتك تزنين ، أو يا زانية ، ولا يأتي بأربعة شهداء على دعواه[2]، أو ينفي نسب ولدها عن نفسه .

أصل مشروعية اللعان :

والاصل في مشروعية اللعان : أن من قذف امرأة حرة عفيفة بالزنا ، فأما ان يأتي بأربعة شهداء على دعواه ، وحينئذ يقام على المرأة حد الزنا وإما ان يعجز عن الاتيان بالبينة ، فيحد حد القذف ثمانين جلدة ، وفي هذا يقول ا لله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ، فإن ا لله غفور رحيم ﴾[3].

وكان المسلمون يفهمون أن حكم هذا النص القرآني عام فيمن رمى زوجته وفيمن رمى الأجنبية على حد سواء ، لأن آيات اللعان لم تكن قد نزلت بعد، يدل لذلك ما أخرجه البخارى عن ابن عباس أن هلال بن امية قذف زوجته عند النبى

---

(1) العناية على الهداية جـ٣ صـ٤٢٧، المصباح المنير – مادة لعن.

(2) مجمع الأنهر جـ١ صـ٤٦٣ .

(3) الآيتان ٤،٣ سورة النور .

الله بشريك بن سحماء، فقال له النبي ﷺ : " البينة أوحد فى ظهرك، فقال يا رسول الله : إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة والذى بعثك بالحق انى لصادق ولينزلن الله تعالى ما يبرئ ظهرى من الجد، فنزل جبريل وأنزل عليه ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات با لله أنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات با لله أنه لمن الكاذبين، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ولولا فضل الله عليكم ورحمته وأن الله تواب حكيم . ﴾[1]

فهذه الآيات نزلت تخفيفاً على الزوج وبيانا للمخرج مما وقع فيه مضطراً وعلى ما ذهب إليه الحنفية تكون آيات اللعان ناسخة للعموم فى قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ لتراخي نزولها عنها، وعلى ذلك يكون ثبوت الحد على من قذف زوجته منسوخاً الى بدل بينته آيات اللعان ، ومن ثم كان اللعان طريقة مشروعة إذا ما قذف الزوج زوجته بالزنا وعجز عن البينة .

شروط المتلاعنين :

اشترط الحنفية لصحة اللعان بين الزوجين أن تتوفر فيهما الشروط الآتية :

الشرط الأول : قيام الزوجية الصحيحة بين القاذف ومن قذفها ، سواء دخل بها أو لم يدخل . فيقع اللعان بين الزوج وزوجته كما يقع بينه وبين المطلقة منه رجعياً إن كانت فى العدة ما دام النكاح صحيحاً لأنها فى حكم الزوجة لقيام النكاح الصحيح بينهما من كل وجه . ومن قذف زوجته بزنا وأضافه إلى ما قبل الزوجية لاعن لان العبرة بالوقت الذى وقع فيه القذف.

---

(1) الآيات ٥-٩ سورة النور – أنظر الأوطار جـ٦ ص ٣٠٠،٣٠٦ .

وعلى ذلك لا يقع اللعان بقذف الاجنبية ولا التي طلقها طلاقا بائنا وهو في العدة لكنه يحد....

وذهب الجعفرية وجمهور الفقهاء إلى أن الشرط أن يضيف القذف إلى زمن الزوجية، فلو اضافة الى ما قبل الزواج لا يلاعن ويقام عليه حد القذف لأن العبرة بالوقت الذى يضيف اليه الزنا ، فلا بد أن يكون حال قيام الزوجية .

الشرط الثاني : ان تكون ممن يحد قاذفها بأن تكون عفيفة فلو كان نكاحها فاسداً وقذفها الزوج أو كان لها ولد ليس له أب معروف ، أو كانت قد زنت في حياتها ولو مرة ، أو وطئت وطأ حراماً بشبهة ولو مرة ، فلا لعان لو قذفها زوجها لأن القذف حينئذ لا يوجب الحد بالنظر الى الاجنبية واللعان بدل عن الحد ، فإذا لم يحد قاذفها فلا يقع اللعان بقذفها أيضاً.

الشرط الثالث : ان يكون كل من الزوجين مسلماً عاقلاً بالغاً ناطقاً غير محدود في القذف . فلا لعان بين الزوجين الغير المسلمين ولا بين المختلفين ديناً ، ولا بين من سبق عليه الحد في القذف ولا بين الأخرسين أو أحدهما كذلك.

وذلك لان قوله تعالى : ﴿ ولم يكن لهم شهداء﴾ مقتضاه ان الزوج شاهد ومن ثم يعتبر فيه ما يعتبر في أهل الشهادة.

ولأن كلمات اللعان من الزوج في ظاهرها شهادات مؤكدات بايمان فيجرى على قائلها ما يجرى على الشهود . وكذلك الحال بالنسبة للزوجة حتى يكون في لعانها قوة المعارضة .

وذهب الائمة مالك والشافعي وأحمد في رواية عنه، والجعفرية[1] إلى أن اللعان يصح من كل زوجين سواء أكانا مسلمين أم غير مسلمين عدلين أم فاسقين محدودين في قذف ام غير محدودين ، فالشرط عندهم أن يكون الملاعن ممن يصح طلاقه بان يكون بالغاً عاقلاً مختاراً.

---

(1) زاد الجعفرية في الزوجة: السلامة من الصم والخرس، وأجازوا لعان الأخرس بإشارته المعقولة كما هو الحال في طلاقه وإقراره. شرائع الاسلام جـ٢ صـ٨٨ .

وحجتهم في ذلك عموم قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾ وقد سمى رسول الله ﷺ اللعان يميناً ، فانه لما علم أن امرأة هلال بن أمية جاءت بولدها شبيهاً بشريك بن سحماء، قال فيها " لولا الأيمان لكان لي ولها شأن ، سمى كلمات اللعان التي سبقت منهما أيماناً، ومن ثم لايشترط في المتلاعنين إلا ما يشترط في أهل الأيمان .

وأيضاً فان حاجة الزوج الذى لا تصح منه الشهادة إلى اللعان ونفى الولد كحاجة من تصح شهادته سواء ، والأمر الذى نزل به مما يدعو إلى اللعان كالذى ينزل بغيره وليس من محاسن الشريعة ان ترفع ضرر أحد النوعين وتجعل له فرجاً ومخرجاً مما نزل به وتدع النوع الاخر في الحرج والشدة لا مخرج مما نزل به ولا فرج ، بل تتسع رحمتها للجميع على السواء.

الشرط الرابع : مطالبة الزوجة قضاء بموجب القذف وهو الحد لأنه حقها لدفع العار فكان لابد من طلبها كسائر حقوقها ولا يسقط ولو طالت المدة(١).

وإذا كان القذف بنفى الولد فإن الشرط طلب الزوج لاحتياجه الى نفي من ليس ولده عنه ، فإن رفعت امرها للقضاء وأصرت على طلبها استدعاه القاضي لحضور مجلس القضاء ، فان اعترف بالقذف أو أقامت عدلين مع انكاره وجب عليه اللعان وإن امتنع الزوج من اللعان حبسه حتى يلاعن أو يكذب نفسه . فان كذب نفسه ارتفع اللعان ووجب عليه حد القذف لاقراره بما يوجبه.

وهذا ما ذهب اليه الحنفية.

وذهب الائمة الثلاثة والجعفرية ، إلى أنه يقام عليه حد القذف بمجرد امتناعه ، ومنشأ الخلاف بين الحنفية وغيرهم ، هو أن الحنفية يقولون إن موجب قذف الزوج زوجته هو لعانها ، لأن قول الله تعالى : ﴿ فشهادة أحدهم ﴾ معناه أن الواجب هو شهادة أحدهم ، وهذا يفيد أن الواجب في قذف الزوجات اللعان،

---

(١) الأفضل لها ان تسكت ولا تطالب بموجب القذف ، حتى أنه ينبغي للقاضي ان يقول لها: اتركي هذا الأمر وأعرضي عنه.

فلا يجب غيره إذا لم يوجد . ثم ان آية القذف نزلت في حق الازواج بآيات اللعان، أو أنها مخصصة بغير الازواج . أما جمهور الفقهاء فيرون ان الموجب الاصلى لقذف الزوجات هو : حد القذف واللعان مسقط له ، لان آية القذف عامة في حكمها لكل قاذف زوجا كان أو غير زوج ، وجاءت آيات اللعان مخففة عن الازواج ، فجعلت لهم طريقاً لرفع الحد عنهم باللعان ، فإذا امتنع عن اللعان ثبت الموجب الاصلى وهو الحد، يرشح هذا المعنى ويقويه، ان الرسول ﷺ قال لهلال بن أمية : لما قذف زوجته بالزنا ، " البينة أوحد في ظهرك" وعندما نزلت آية اللعان وجاء يلاعن ، قال له الرسول ﷺ ﴿ عذاب الدنيا أهون من عذاب الاخرة﴾ ولو لم يكن الحد بهذا القذف واجباً، لما كان لهذا القول معنى أو فائدة.

أما إذا لاعن الزوج ، فيجب على الزوجة أن تلاعن ، فان أبت حبست على ما ذهب اليه الحنفية ، حتى تلاعن أو تصدقه، وإذا صدقته لا يجب عليها حد الزنا لأن حد الزنا في حالة الاقرار لا يثبت إلا إذا أقرت به المرأة اقراراً صريحاً أربع مرات، فالاقرار غير الصريح ، وهو الذى يكون بمجرد قولها لزوجها : صدقت أو صادق ، لا يثبت به الحد عليها ولو كان عشرين مرة ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات[1].

وذهب الجعفرية والمالكية والشافعية ، إلى أنها إذا امتنعت عن اللعان يقام عليها حد الزنا ، لأن الواجب الاصلى هو الحد واللعان يدرأ عنها الحد لقوله تعالى ﴿ ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله﴾. فقد جعلت الشهادات وهي اللعان من جانبها دافعاً عنها العذاب وهذا العذاب هو الحد الذى دل عليه قوله تعالى : ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ .

---

(1) إذا قذف الرجل امرأته ، ثم وجب عليه اللعان ، ثم طلقها بائنا سقط عنه اللعان ، ولا يعود بتزوجها بعده، انظر الدر المختار بشرح رد المحتار جـ٢ صـ٦٠٤ .

الشرط الخامس : ان يكون القذف بصريح الزنا لا بكتابة ولا بغيرها ، بأن يقول لها : أنت زانية أو زنيت أو يازانية . وزاد الجعفرية على ذلك ان يدعى مع الزنا مشاهدته فلو لم يدّع المشاهدة فلا لعان .

أما لو كان القذف بنفى نسب الولد عنه فلا فرق بين التصريح بالزنا وعدم التصريح به على مختار أكثر المعتبرات.

هذا ولا يشترط في الزوجين أن يكونا عدلين أو بصيرين ، لأن كلا من الفاسق والاعمى أهل للشهادة ويصح للقاضى قبول شهادة الفاسق إذا تحرى صدقة في شهادته وتصح شهادة الاعمى في كثير من الأحوال وبخاصة في الزواج وثبوت النسب والموت(١).

كيفية اللعان :

كلمات اللعان وهي على ما في كتاب ا لله تعالى وسنة رسوله [redacted] ان يقول الزوج بأمر القاضي . أربع مرات اشهد با لله أو اقسم با لله الذى لا الـه إلا هـو انـى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ، ويقول في الخامسة لعنة ا لله عليه ان كان كاذباً فيما رميتها به من الزنا مشيراً اليها في جميع ذلك يقول كل ذلك وهو قائم وأوثر التعبير بالغيبة على التكلم لشناعته(٢).

ثم يقعد الرجل وتقوم المرأة لتقول وهى قائمة أربع مرات : اشهد با لله انه كاذب فيما رمانى به من الزنا ، وتقول في الخامسة ان غضب ا لله عليها ان كان صادقاً فيما رمانى به من الزنا مشيرة اليه في جميع ذلك .

---

(١) انظر في شروط المتلاعنين: رد المحتار جـ٢ صـ٦٠٠، مجمع الأنهر جـ٢ صـ٤٦٤،٤٦٥،٤٦٦، العناية على الهداية جـ٣ صـ٢٥٩ .

(٢) روى الحسن عن ابن حنيفة ان صفة اللعان تكون بالخطاب فيهما فيقول فيما رميتك به من الزنا وتقول هي: انك لمن الكاذبين فيما رميتى به من الزنا لان ذلك يكون أقطع للاحتمال لكن يرده ان لفظ الغيبة إذا انضم اليه الاشارة انقطع احتمال ضمير الغائب–الفتح على الهداية جـ٣ صـ٢٥.

وإذا كان القذف بنفي الولد ذكر كل منهما نفيه في كلامه فيقول الزوج: أشهد اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد . وتقول المرأة : أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفى الولد .

وإذا كان القذف بالزنا ونفى الولد جميعاً ذكر الزوج والزوجة الزنا ونفي الولد جميعاً وقرنت شهادتها بالغضب دون اللعن كما في الزوج لانهن يكثرن اللعن ويتجرئن على الاقدام عليه فكان الغضب أردع لهن.

هذا ويبدأ القاضي بالرجل لانه المدعي ، والسنة ان يقام الرجل حتى يشهد والمرأة قاعدة ، وتقام المرأة والرجل قاعد حتى تشهد ، وان يعظهما القاضي بمثل قوله لكل منهما عند الانتهاء الى اللعنة ، اتق الله فانها لعنة وفرقة وعقوبة ، ولعذاب الدنيا أهون من عذاب الاخرة ، فان لم يسمع كلامه يتم الامر ويستحب التغليظ بالزمان والمكان وحضور جمع من عدول المسلمين .

والحكمة من وجوب الشهادات الاربع في اللعان ، ان جريمة الزنا لا تثبت بالشهادة إلا باربعة من الرجال لكن لما كانت شهادة الشهود متعسرة في اثبات ما يقذف الزوج به زوجته ، اكتفى الشارع بأن يشهد الزوج تلك الشهادات الاربع لتقوم مقام الشهود الاربعة فإذا شهدها سقط عنه الحد[1].

ما يترتب على اللعان :

إذا توفرت شروط اللعان وتم اللعان فعلا امام القاضي ترتبت عليه الاحكام الاتية :

اولا: حرمة القربان أو استمتاع كل منهما بالاخر ، بمجرد الانتهاء من الملاعنة ولو كان ذلك قبل تفريق القاضي[2].

---

(١) انظر مجمع الانهر جـ١ صـ٤٦٧، الفتح على الهداية جـ٣ صـ٢٥٣.

(٢) در المنتقى شرح الملتقى هامش مجمع الانهر جـ١ صـ٤٦٦ .

ثانياً : يجب على القاضي ان يفرق بينهما ولا تحصل الفرقة بنفس حصول اللعان بل لا بد من تفريق القاضي على ما ذهب اليه الحنفية ، لان القضاء شرط فيه حتى لو مات احدهما بعد حصول اللعان وقبل تفريق القاضى بينهما ورثه الاخر، لانها زوجته ما لم يفرق القاضي بينهما ، واستدلوا بما روى عن ابن عباس في قصة المتلاعنين : " ففرق رسول الله بينهما، وهذا يفيد أن التفريق حصل بفعل رسول الله لا قبله" .

ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة - أي قبل التفريق بينهما - كان أكذب نفسه، أو أصيبا أو أحدهما فجأة بالخرس ، لم يفرق بينهما ، ولا حد عليه لدرئه بالشبهة ، وهي احتمال تصديق أحدهما الآخر لو كان ناطقاً لم يطرأ عليه الخرس[1].

نفي الولد : إذا كان قذف الزوج بنفي الولد نفي القاضى نسبه عن أبيه ضمناً للقضاء بالتفريق ، فيقول في حكمه ، قطعت نسب هذا الولد عن أبيه وألحقته بأمه بعد قوله فرقت بينكما[2].

بيد أنه يشترط لصحة نفي الولد أن يكون نفيه عند ولادته أو بعدها بيوم أويومين وألا يتقدم منه إقرار به ولو دلالة كسكوته عند التهنئة، وأن يكون الولد

---

(1) إذا اكذب الملاعن نفسه بعد اللعان أو قبله وجب عليه حد القذف كشهود الزنا إذا رجعوا لتضمن شهادتهم نسبته الى الزنا ولو طلقها قبل اللعان بائناً ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان لأن اللعان اثره التفريق بينهما وهو لا يأتي بعد البينونة ولا يجب الحد ، لان قذفه وقع موجباً للعان فلا ينقلب موجباً للحد والقذف والواحد لا يوجب حدين-انظر رد المختار جـ٢ صـ٦٠٤، الفتح على الهداية جـ٣ صـ٢٥٥.

(2) إذا كانت المرأة حاملاً واراد الزوج ان ينفى ذلك الحمل عنه وجب كذلك ان يذكره في لعانه كأن يقول: وان هذا الحمل ليس مني، على ما ذهب اليه الأئمة الثلاثة وجمهور الفقهاء وقال أبو حنيفة لا لعان بنفي الحمل لعدم تيقنه ،وإذا نفاه في لعانه لم ينتف وسبيله إذا اراد نفيه ان ينتظر حتى تضع حملها فيلاعن لاحتمال ان يكون ما بها نفاخ وليس بحمل - انظر : رد المختار جـ٣ صـ٦٠٦.

على قيد الحياة وقت التفريق . أما بعد قبول التهنئة وشراء ما يلزم المولود وسكوته عن النفي ومضي ذلك الوقت فإنه يعتبر اقراراً منه فلا يصح نفيه بعد ذلك[1].

ولو كان الزوج غائباً لا يعلم بالولادة ، فعلمه يكون وقت حضوره ، فله النفي في مقدار ما تقبل فيه التهنئة .

وإذا قطع القاضي نسب الولد عن أبيه فانه يبقى نسبه بعد القطع ثابتاً بأبيه في كل الاحكام لقيام الفراش ، إلا في حكمين :

أحدهما الإرث فلا توارث بينهما بمعنى أن قرابة الأبوة لا تكون معتبرة في الإرث . فلو مات الولد الذى نفى نسبه عن مال لا يرثه أحد بقرابة الأبوة ، وإنما ترثه أمه وأقرباؤها من جهتها، ولو مات الأب فلا يعتبر الولد أحد ورثته .

ثانيهما: النفقة فلا تجب بينهما نفقة الأبناء على الآباء ولا نفقة الآباء على الأبناء . أما غير ذلك من الأحكام فيبقى النسب في حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير.

فلا تجوز شهادة أحدهما للاخر ولا صرف زكاة ماله إليه ، ولا يجب القصاص على الأب بقتله، ولو كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للإبن أن يتزوج بتلك البنت ، ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وإن صدقه الولد في ذلك ما دام الملاعن على قيد الحياة لاحتمال ان يكذب الرجل نفسه فيعود نسبه له .

غير أنه يجوز بعد وفاة الملاعن أن يدعيه الغير بشرط أن يكون ممن يولد مثله لمثله، وثبوت نسبه من أمه لا ينافيه احتمال أن يكون قد وطأها بشبهة.

---

(1) اختلفت الرواية عن أئمة المذهب الحنفي في المدة التى يصح فيها النفى بعد الولادة . ففى ظاهر الرواية عدم تقدير مدتها بشئ لان نصب المقادير بالرأى لا يجوز عن أبـى حنيفة ان مدتها مقدار مـا تقبل فيه التهنئة . بعد الولادة يوماً أو يومان . وروى عن أبي يوسف ومحمد تقديرها بمدة النفاس ، وقيل مدتها سبعة ايام اعتباراً بالعقيقة. انظر رد المحتار جـ٣ صـ٦٠٨ مجمع الانهر جـ١ صـ٤٣٦.

ثالثاً: تفريق القاضي بين المتلاعنين طلقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد وهو الصحيح في المذهب . ومن ثم تجب لها نفقة العدة والسكنى . لكنه لا يحل له التزوج بها مرة أخرى إلا في حالتين:

الأولى : أن يكذب نفسه ، فإذا كذب الملاعن نفسه وكان تكذيبه قبل اللعان أو بعده قبل التفريق كانت زوجته وتحل له من غير تجديد عقد.

أما إذا اكذب نفسه بعد اللعان والتفريق فانه يصير خاطباً من الخطاب يحل له أن يتزوجها بإذنها ورضاها وبمهر وعقد جديدين سواء تزوجت بغيره وطلقت من ذلك الغير أو لم تتزوج ، لأن الاكذاب رجوع عن الشهادة ، والشهادة بعد الرجوع عنها لا حكم لها فلم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب.

الثانية : إذا خرج احد الزوجين عن أهلية الشهادة ، إذ بذلك ينتفى السبب الذى كان من أجله كان التفريق[1].

وقال أبو يوسف : إذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان ابداً فيثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبقول ابى يوسف قال الائمة الثلاثة والجعفرية .

وإذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقاً بل فسخاً ، لا تتوقف على تفريق القاضي لأن الحرمة ثابتة قبل التفريق ، وعلى هذا لا تحل له من بعد ولو اكذب نفسه أو خرج عن أهلية الشهادة أو صدقته الزوجه لقوله ﷺ : ﴿ المتلاعنان لا يجتمعان ابداً﴾ فهذا الحديث صريح في النص على التأبيد[2].

وقد أجاب أبو حنيفة ومحمد عن ذلك بأن معنى " المتلاعنان لا يجتمعان ابداً" أي ما داما متلاعنين كما يقال المصلي لا يتكلم اى ما دام مصلياً، فإذا كذب الملاعن نفسه فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكماً لانتهائه بمجرد الفراغ منه .

والذى تقتضيه حكمة اللعان أن يكون التحريم مؤبداً فان لعنة ا الله ﷻ حلت بأحدهما لا محالة ولا نعلم عين من حلت به على وجه اليقين ، فوجب التفريق

---

(1) انظر : الفتح على الهداية جـ١ صـ٢٢٥، رد المختار على الدر المختار جـ٢ صـ٦٠٤،٦٠٦.

(2) الفتح على الهداية جـ٣ صـ٢٥٦، مجمع الانهر جـ١ صـ٤٦٧، المهذب جـ٢ صـ١٢٧.

بينهما خشية أن يكون الزوج هو الذى قد وجبت عليه لعنة الله وباء بها فيعاشر امرأة غير ملعونة وحكمة الشرع تأبى ذلك.

وأيضاً فان النفرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه لا تزول أبداً فإن الرجل إن كان صادقاً عليها ، فقد أشاع فاحشتها وفضحها على رؤوس الإشهاد وأقامها مقام الخزى والعار وإن كان كاذباً فقد أضاف إلى ذلك أنه بهتها وزاد في غيظها وحسرتها.

وكذلك المرأة إن كانت صادقة فقد أكذبته على رؤوس الاشهاد وأوجبت عليه لعنة الله وإن كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه وخانته في نفسها والزمته العار والفضيحة وأحوجته إلى هذا المقام المخزى ، فحصل لكل واحد منهما من صاحبه من النفرة والإساءة والوحشة ما لم يلتئم معه شملهما وما يبعد معه ان يعود بينهما السكن والمودة والرحمة التي هي سر الحياة الزوجية وأساس سعادتها .

العدة لغة الإحصاء تقول أعددت الشيء عـدة أي أحصيتـه إحصـاء وعـدة المرأة قيل أيام اقرائها ، مأخوذ من العد والحساب وقيل تربصها المدة الواجبة عليها

وشرعا : تربص يلزم المرأة عند الفرقة مـن نكـاح صحيـح متـأكد بـالدخول أوما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت ، أو بعد وطه بشبهة أو نكاح فاسد .

فإذا حصلت الفرقة بأي سبب من الأسباب ، فلا يحل للمرأة أن تتزوج إلا بعد أن ينتهي الأجل الذي حدده الشارع لإنتظارها .

أما الرجل فيحل له الزواج بدون إنتظـار إلا إذا كـانت الـتي طلقهـا رابعـة زوجاته فليس له أن يتزوج حتى تنتهي عدتها لأنه لا يجوز الجمـع بـين أكـثر مـن أربع في النكاح أو في العدة وإلا إذا وجد مانع يمنعه من الزواج بامرأة معينة كمـا إذا أراد أن يتزوج بمن لا يحل له أن يجمع بينهـا وبـين مـن طلقهـا كأختهـا أو بنـت أختها أو بنت أخيها فإنه يجب عليه أن ينتظر حتى تنقضي العدة ممن فارقها .

حكم العدة :

العدة واجبة شرعا ، ثبت ذلك بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ، فمنه قول ا لله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾(1) وقوله تعالى :﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعـة أشـهر وعشـرا ﴾(2) فقولـه يـتربصن خـبر بمعنـى الأمـر ، ومقتضـى الأمـر الوجوب ، وعبر بالخبر للتأكيد والاشعار بأنه مما يجب أن يسارع إلى إمتثاله .

---

(1) سورة البقرة آية ٢٢٨.

(2)سورة البقرة آية ٢٣٤.

أما السنة فقول النبي ﷺ :﴿ لا يحل لامرأة تؤمن با لله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا ﴾[1].

وقال ﷺ لفاطمة بنت قيس﴿ اعتدي في بيت ابن أم مكتوم ﴾.

وأجمعت الأئمة على وجوب العدة في الجملة وإن كانوا قد اختلفوا في أنواع منها . والعدة من نظام الإسلام العام فلا يجوز إسقاطها أو التنازل عنها .

حكمتها :

جاء الإسلام والعرب يوجبون اعتداد المرأة بعد الفرقة الزوجية ، فأقرهم على ذلك بعد أن أدخل بعض التعديلات ، التي تنفي المضار والمساوئ التي تجحف بالمرأة من تربص المتوفى عنها زوجها سنة كاملة في بيت حقير وثياب رثة ، دون أن تمس طيبا أو تقترب من زينة ، مبالغة في إحترام العقد السابق فجعلها أربعة أشهر وعشرة أيام تخفيفا ورحمة ولحكم سامية أقر الشارع العدة وأهمها ما يأتي :-

١- تعرف براءة الرحم ، من الحمل على وجه يحفظ الأنساب ويمنع اختلاطها .

٢- التنويه بعظم شأن الزواج والإعتراف بخطره ، فلا ينحل إلا بانتظار مدة يعلم بها انحلاله..

٣- إعطاء الزوج فرصة المراجعة ، إذ لعله يندم بعد أن تهدأ ثائرته ويراجع نفسه ويندم على تسرعه بالطلاق فيراجع زوجته بلا عقد ولا مهر إن كان قد طلقها رجعيا وعدتها لا تزال باقية ، أو يعيدها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين وهي في العدة إن كان قد طلقها طلقة بائنة وليس ذلك لأحد غيره ، أما بعد العدة فهو والأجنبي على سواء في طلب الزواج منها وربما فضلت الأجنبي عليه .

---

(١)الحداد : ترك الطيب والزينة.

٤- إظهار التأثر لفقد الزوج ، بالامتناع عن الزينة والتجمل مدة أربعة أشهر وعشرة أيام حتي تبرأ النفس من كآبة الحزن ، وقطعا للألسنة من الخوض في حق الزوجة إذا تهافت عليها الأزواج فيمن توفى عنها زوجها .

فليس المقصود من العدة مجرد براءة الرحم بل ذلك من بعض مقاصدها .

والعدة فيها حق للزوجة وهو إحترامها واستحقاقها للنفقة والسكنى ما دامت في العد وحق للزوج وهو اتساع زمن الرجعة له وحق للولد وهو الإحتياط في ثبوت نسبه وحق لله تعالى وهو امتثال أمره وطلب مرضاته .

ويترتب على هذا أنه لا يسوغ للزوجة إسقاطها إذا ما سولت لها نفسها ذلك لأن حق الله لايملك أحد إسقاطه ، كذلك لايجوز للزوج أن يتنازل عنها ، لأنها ليست حقا خالصا له .

أنواع العدة :

تتنوع العدة باعتبار ما تكون به إلى ثلاثة أنواع :

(١) عدة بالاقراء (٢) عدة بالأشهر (٣) وعدة بوضع الحمل .

النوع الأول : وهو العدة بالاقراء تلتزم به المطلقة المدخول بها أو المختلى بها خلوة صحيحة سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا وكانت غير حامل ، ومن ذوات الحيض ومقداره ثلاثة قروء لقوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ واختلف الفقهاء في تفسير القرء ، ففسره الحنفية بالحيض ، فلا تنتهي عدتها إلا بانتهاء الحيضة الثالثة . وأقل مدة تصدق فيها المرأة ستون يوما لأن أقصى مدة للحيض عشرة أيام، وأقل مدة للطهر خمسة عشر يوما فثلاث حيضات بثلاثين يوما يتخللها طهران بثلاثين يوما فيكون مجموع أيام العدة ستون يوما وأقل

من ذلك إذا ادعته الزوجة لا يلتفت إليه ، لأن الشريعة تكذبها([1])، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن المراد بالقرء: الطهر الفاصل بين الحيضين للقرائن التي رجحت عندهم هذا المعنى([2])

ويلحق بالمطلقة ، من طريق دلالة النص ، من فرق بينهما وبين زوجها بغير الطلاق كما في الفرقة بسبب خيار البلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الردة أو الاباء عن الإسلام ، وكالفرقة بعد الدخول في نكاح فاسد ، أو بسبب شبهة كالمزفوفة إلى غير زوجها ، فهذه كلها في معنى الطلاق من حيث وجوب العدة ، فإن من مقاصدها تعرف براءة الرحم .

فكل امرأة حرة هي زوجة لمسلم ، إذا فارقها زوجها بأي طريق من طرق الفرقة وكانت من ذوات الحيض ، ولم تكن حاملا فإن عدتها ثلاثة قروء كاملة فلا يحتسب القرء الذي وقع الطلاق في أثنائه لأن العدة مقدرة بالثلاثة ، والقرء لا يتجزأ.

وهذا الحكم عام ، يشمل المسلمة والكتابية زوجة المسلم أما إذا كان زوجها كتابيا وكانا لايدينان بلزوم العدة فلا عدة عليها-وهذا قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد تجب عليها العدة.

([1]) القرائن التي رجحت هذا المعنى ومنها: أن العدة شرعت لبراءة الرحم وذلك لا يكون إلا بالحيض، ومنها أن الله تعالى ذكر الحيض في الحالة المتقابلة وهي حالة اليأس فقال سبحانه : ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر﴾ فكان ذلك قرينة على أن المراد بالقرء : الحيض.

([2]) القرائن التي رجحت هذا المعنى هي:

١- وجود التاء في اسم العدد، فإنه دليل عند أهل اللغة على كون المعدود وهو القرء مذكر، وهو لا يكون مذكراً إلا إذا كان المراد بالقرء الطهر، لأن الحيض مؤنث، ولو كان الله تعالى يريد بلفظ القرء الحيض لقال : ثلاث قروء بحذف التاء.

٢- الطلاق المشروع هو ما كان في طهر، لأن الله تعالى يقول: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ واللام في لعدتهن لام الوقت، فيكون المعنى: فطلقوهن في وقت عدتهن، فيكون المعنى : فطلقوهن في وقت عدتهن فيكون المراد بالقرء الطهر لأنه لا خلاف أن من طلق في حال الحيض لم يعتد بذلك الحيض.

وكل امرأة مدخول بها بناء على عقد فاسد أو شبهة . وهي من ذوات الاقراء فإنها تعتد بثلاثة اقراء في حالة التفريق بينها وبين الرجل ، وكذا في حالة موته عنها قبل التفريق لأن من حكمة عدة الوفاة ، إعلان الحداد والأسف على فوات نعمة الزواج بموت الزوج ، وهذا المعنى معدوم في حالتي النكاح الفاسد والشبهة فلم يبق إلا المعنى الآخر وهو تعرف براءة الرحم وهذا يكون بالثلاثة الاقراء.

النوع الثاني : العدة بالأشهر :

وله مقداران :

١- ثلاثة أشهر .　　　　٢- أربعة أشهر وعشرة أيام .

المقدار الأول : وهو ما كانت فيه الأشهر بدلا عن الاقراء وذلك إذا لم تكن المعتدة من ذوات الحيض ، بل كانت صغيرة لم تبلغ سن الحيض واقله تسع على المختار أو كبيرة بلغت سن اليأس : خمسا وخمسين سنة ، أو بلغت بالسن عشرة سنة ولم يأتها حيض على القول المفتى به .

فعدة كل من هؤلاء الثلاثة ، ثلاثة أشهر ، وذلك لأن أصل العدة الاقراء وغالب أحوال النساء أن المرأة ترى العادة مرة في كل شهر ، فلزم ثلاثة أشهر قال تعالى " واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن "[1] .

وهذه الأشهر قمرية ، فإن وقعت الفرقة في أول الشهر ، اعتبرت العدة بالآهلة ، وإن لم تصل إلى تسعين يوما وإن وقعت في أثناء الشهر اعتدت بتسعين يوما كاملة وقيل يكمل الأول من الرابع وما بينهما يحسب بالاهلة[2].

المقدار الثاني : هو ما لا تكون الأشهر فيه بدلا عن الاقراء بل هي أصل بنفسها وذلك هو عدة المتوفى عنها زوجها ولم تكن حاملا ، سواء مدخولا بها أو لا صغيرة أو كبيرة من ذوات الحيض أو لا فهذه عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام ، قال

---

(١) سورة الطلاق آية ٤

(٢) بدائع جـ٣ صـ ١٩٥

الله تعالى : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ﴾ وقدرت العدة بهذه المدة لأن الشارع فرض أن هذه المدة أقصى ما تتحمله المرأة في البعد عن الرجال ، ولذا من حلف إلا يقربها أربعة أشهر يكون موليا تطلق بعدها إن لم يفيء ويرجع إليها ولأن هذه المدة يظهر فيها الحمل لا محالة إن كانت حاملا إذ الحمل يظهر واضحا جليا في ابتداء الشهر الخامس، لأن الولد يكون في بطن أمه أربعين يوما نطفة ثم أربعين يوما علقة ، ثم أربعين يوما مضغة ، فهذه أربعة أشهر ثم ينفخ فيه الروح في الطور الرابع ، فقدر بعشرة أيام لتظهر حياته بالحركة إن كان بها حبل .

فقوله تعالى ﴿ ويذرون أزواجا﴾ يفيد أن هذه العدة لمن توفى عنها زوجها، ولا يكون زوجا إلا إذا كان الزواج صحيحا وحينئذ لو تزوجت زواجا فاسدا ومات الرجل قبل التفريق بينهما فلا تكون عدتها كذلك ، وإنما تكون بالاقراء ، أوبالأشهر الثلاثة التي هي بدل عنها إن لم تكن قد حملت منه.، لأن هذه العدة إنما هي لإظهار الأسف والحزن على زوال نعمة الزواج بالموت ، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان الزواج صحيحا . وكذلك الحال في الموت بعد الدخول بشبهة .

النوع الثالث : وهو العدة بوضع الحمل ، وتكون على ما هو منصوص عليه فى الفقه الحنفى لمن حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بطلاق أو فسخ وهي حامل سواء كانت الفرقة بوفاة أم بغيره ، فكل امرأة حامل من نكاح صحيح أوغيره، وحصلت الفرقة بينها وبين الرجل فإنها تعتد بوضع الحمل ، طالت المدة أو قصرت ، ما عدا الحامل من الزنى فلغير صاحب الحمل أن يتزوجها ولا يقر بها حتى تضع حملها .

وليس بلازم في انتهاء العدة أن ينزل الحمل حيا ، وإنما الذي يلزم أن يكون بين الخلقة ولو في بعض أجزائه وتنتهي بنزول أكثره ، لأن للأكثر حكم الكل، ويترتب على ذلك أن المطلقة رجعيا إذا راجعها زوجها بعد خروج أكثره ، فإن مراجعته لا تصح لأنها تكون قد وقعت بعد أن بانت منه .

وأما غير المدخول بها ، إذا طلقت فلا عـدة عليهـا ، وتحـل لـلأزواج فـور الطـلاق ولـو في المجلـس ، قـال الله تعـالى : ﴿ يـا أيهـا الذيـن آمنـوا إذا نكحتـم المؤمنات ثم طلقتموهم من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها﴾[1].

عدة من انقطع حيضها وامتد طهرها

قد تبلغ المرأة بالحيض ثم ينقطع الدم ، ويمتد طهرها ثم تحصل الفرقة .

فالحنفية يرون أن عدتها ثلاث حيض ، لأنهـا لـما رأت الـدم صـارت من ذوات الحيض ، إلى أن تبلغ سن اليأس فتعتد بثلاثة أشهر ، لأنها عدة الآيسة .

ولكن للمالكية في هذا رأي وجيـه وسـديد ، وفيـه رفـق بـالرجل والمـرأة ، وذلك أنها إذا انقطع الحيض بسبب المرض لسبب غير معروف فإنهـا تنتظـر تسـعة أشهر المدة الغالبة للحمل فإذا انقضت اعتدت بثلاثة أشهر كالايسـة ، فـإذا مضـت بدون نزول دم حلت للأزواج ، وسندهم في ذلك مـا روي أن عمـر ﷺ قـال : " أيمـا امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها فإنها تنتظر تسعة أشـهر فإن كان بها حمل فذاك وإلا اعتدت بعدها بثلاثة أشهر ثـم تحـل " ولم يعـرف أن أحدا من الصحابة خالفه في هذا فكان إجماعا .

وإذا انقطع حيضها بسبب الرضاع ، فإن عدتها تنقضي بمضي سنة بيضـاء بعد انتهاء زمن الرضاع وهو سنتان .

ومع هذا فقد كانت المحاكم تأخذ برأي الحنفية فتقضـي للمـرأة بنفقـة مـا دامت لم تقر بانقضاء العدة ، وقد كان ذلك مدعاة لإرهاق الأزواج ، حيث أن كثيرا من المطلقات يعمدن إلى إنكار عدتهن ليأخذن النفقة إلى ما شـاء الله ، إلى أن صـدر القانون رقم ٢٥لسنة ١٩٢٠فنص في المادة الثالثة علـى أن المعتـدة بـالاقراء إذا تـأخر حيضها بغير رضاع تعتبر عدتها بالنسبة للنفقة سنة بيضاء ٣٦٥ يوما لا تـرى فيهـا

---

[1] سورة الأحزاب آية ٤٩.

الحيض ، فإن ادعت أنها رأت الحيض في أثنائها - أجلت إلى أن ترى الحيض مرة أخرى، أو تمضي سنة بيضاء ، وفي الثالثة إن رأت الحيض انقضت عدتها وإن لم تره انقضت العدة بانتهاء السنة ، وهذا إذا لم تكن مرضعا ، فإن كانت مرضعا وجاءها الحيض في أثناء الرضاع ، اعتدت بالاقراء ، وإن تأخر حيضها كان الحكم هو ما تقدم .

ولكن هذا لم يحل المشكلة ، فقد وجدت ثغرة للكاذبات من النساء منها تستطيع المرأة أن تسترسل في طلب النفقة كلما قاربت السنة أن تنتهي بادعاء أنها رأت الدم ، فتتوصل بذلك إلى أن تأخذ نفقة عدة لمدة ثلاث سنوات كاملة ، إذا لم تكن مرضعا ، وخمس سنوات كاملة إذا كانت مرضعة فتدعي أن الحيض لم يأتيها طوال مدة الرضاع وهي سنتان ، ثم تدعي بعد ذلك أنه لا يأتيها إلا مرة واحدة في كل سنة وقولها في ذلك مقبول ، فرأى المشرع التعديل في القانون بناء على ما ثبت من تقرير الطب الشرعي أن أقصى مدة الحمل سنة ، فنص في الفقرة الأولى من المادة ١٧من القانون رقم٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه لا تسمع دعوة نفقة عدة لمدة تزيد على سنة ٣٦٥يوما من تاريخ الطلاق .

ويلاحظ أن القانون منع مطالبة المرأة بالنفقة أكثر من سنة وترك إنهاء العدة أو بقاءها وحل تزوجها برجل آخر أو لا إلى دين المرأة .

عدة من استمر نزول الدم عليها

إذا بدأت المرأة عدتها بالحيض واستمر نزول الدم عليها فإن كانت لها عادة معروفة لأيام حيضها وطهرها ، اتبعت عادتها ، فتنتهي عدتها بمضي مدة كافية لثلاث حيضات بحسب عادتها المعروفة .

أما إذا لم تكن لها عادة معروفة ، أو كانت ونسيتها ففي المذهب الحنفي قولان :

الأول – تعتد بسبعة أشهر ، وذلك بأن يقدر لكل حيضة أقصى مدتها وهي عشرة أيام فتكون مدة الثلاث حيضات ثلاثين يوما ويقدر لها ثلاثة اطهار على أن تكون مدة كل طهر شهرين احتياطيا فتصير المدة المقدرة للاطهار ستة أشهر تضاف إلى مدة الحيض ، فيكون المجموع سبعة أشهر.

الثاني– تلحق بغير ذوات الاقراء ، فتعتد بثلاثة أشهر لأن الغالب في أحوال النساء رؤية القرء مرة في كل شهر ، وهذا القول هو الأقوى من وجهة النظر، وقد اختارته لجنة الأحوال الشخصية ، وإن كان بعض الفقهاء قال أن الفتوى على القول الأول(١).

انتقال العدة من أحد أنواعها إلى نوع آخر منها

قد تعتد المرأة بالنوع الذي يجب عليها أن تعتد به ثم يطرأ عليها ما يوجب أن تعتد بنوع آخر وبيان ذلك في صور :-

١- الصغيرة تعتد بالأشهر ، فإذا جاءها الحيض قبل إنتهاء العدة بها ألغي ما مضى من عدتها ووجب عليها أن تستأنف عدة أخرى بالاقراء ، لأن اعتدادها بالأشهر باعتبار أنها ليست من ذوات الحيض والأشهر بدل عن الحيض في حقها فإذا جاءها الحيض تبين أنها من ذوات الحيض فيبطل العمل بالبدل متى أمكن العمل بالمبدل منه ، فتكون العدة بالاقراء لا بالأشهر .

٢- الايسة عدتها بالأشهر خلفا عن الحيض ، فإذا رأت الدم على العادة الجارية بأن تراه بلونه السابق سائلا كثيرا في أثناء العدة أو بعد انقضائها ، انتقض ما مضى من عدتها ، وفسد نكاحها إن كانت قد تزوجت ، وعليها أن تستأنف العدة بالحيض لأن عود الحيض إليها يبطل الاياس ، فظهر أنه لم يكن خلفا ، لأن شرط خلفية الاعتداد بالأشهر عن الحيض الاياس بالنص ، وهو قوله تعالى :

---

(١) ابن عابدين جـ٢ص٦١٨.

﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر﴾

والاياس لا يتحقق إلا باستدامة العجز إلى الممات وهذا هو الصحيح ، لكن رجح بعض الفقهاء ومنهم صدر الشريعة واختاروه للفتوى أنها إذا رأته قبل تمام الأشهر استأنفت ، لا بعدها وعليه فالنكاح جائز ، لأنه إنما يقع بعد تمام الأشهر ، فوقع معتبرا لوجود شرطه وهو الاياس بوجود سببه وهو انقطاع الدم في مدة يغلب على الظن فيها ارتفاع الحيض ولا تعتد في المستقبل إلا بالحيض ، لتحقق نزول الدم المعتاد فإذا تحقق اليأس تحقق حكمه ، وإذا تحقق الحيض تحقق حكمه وقالوا : وأما اشتراط دوام الانقطاع الى الموت في اليأس فلا دليل عليه ، فقد يتحقق اليأس من الشيء ثم يوجد .

وبعض الفقهاء يرى أن الدم الذي ينزل عليها بعد اليأس لا يكون حيضا كالدم الذي تراه الصغيرة التى لا يحيض مثلها .

٣- إذا كانت المرأة من ذوات الحيض وقت الطلاق ، ورأت الدم مرة أومرتين ثم انقطع حيضها وامتد طهرها فإنها تظل في العدة حتى تتم ثلاث حيضات أو تبلغ سن اليأس فتنتقل عدتها من الاقراء الى الأشهر فتستأنف العدة بالأشهر وهذا مذهب الحنفية وقد كان معمولاً به إلى أن صدر القانون المعدل لذلك كما سبق توضيحه .

٤- إذا كانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي ، سواء كانت تعتد بالاقراء أوبالأشهر ثم مات زوجها في أثناء العدة ، فإن عدتها تنتقل من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة ، وهي أربعة أشهر وعشرة أيام ، لأن المطلقة رجعيا تعتبر زوجة من كل وجه ما دامت في العدة تبدؤها من وقت الوفاة، ولذا ترثه، يستوى أن يكون طلاقها فى صحته أو فى مرض موته.

أما إذا كانت في عدة الطلاق البائن ، فإنها لا تنتقل ، لأن الطلاق البائن يقطع الزوجية إلا إذا أعتبر الزوج فارا من ميراثها ، وذلك عندما يطلقها بائنا في مرض الموت أو ما في حكمه ثم يموت في أثناء العدة فإنها ترث منه عملا بنقيض مقصوده وتعتد بأبعد الأجلين : عدة الطلاق أو عدة الوفاة فأيتهما أطول فهي عدتها

نفـــقة المعـــتدات

يقول الفقهاء : من حبس لأجل غيره وجبت نفقته عليه ، كالقاضي لما حبس لأجل النظر في مشاكل المسلمين وجبت نفقته في مالهم ، واستنادا على هذه القاعدة ، نظروا في حبس المعتدات أثناء العدة ، فوجدوا أن بعضا منهن حبس لحق الزوج فأوجبوا النفقة عليه ، وبعضا منهن لم يكن حبسه لحق الزوج فلم يوجبوا عليه نفقة لهن ، وعلى ذلك فهن من حيث النفقة على الزوج وعدم وجوبها عليه قسمان :

الأول : من وجبت نفقتهن على الزوج :

١- المعتدة من فرقة جاءت من جهة الزوج ، سواء كانت طلاقا رجعيا أو بائنا .

أما الرجعي فلا خلاف فيه ، لأن النكاح بعده قائم ، لا سيما عند الحنفية، فإنه يحل له التمتع بها .

وخالف الإمام الشافعي في البتة فلم يفرض لها على الزوج نفقة إلا إذا كانت حاملا لما روي في صحيح مسلم أن أبا عمرو بن حفص ، طلق فاطمة بنت قيس البتة وهو غائب ، فارسل إليها وكيله بشعير فسخطته ، فقال وا الله ما لك علينا من سبيل فجاءت رسول ا الله صلى ا الله عليه وسلم فقال : ليس لك نفقة . وأمرها ان تعتد في بيت ام شريك، ثم قال : تلك امرأة يغشاها أصحابي ، اعتدى عند ابن ام مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فإذا حللت فآذنيني قالت: فلما حللت ذكرت له أن معاوية ابن أبي سفيان وابا جهم يطلباني ، فقال رسول ا الله ﷺ: ﴿ أما أبوجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لامال له، انكحي أسامة بن زيد فنكحته. فجعل ا الله فيه خيرا واغتبطت به﴾[1].

---

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام جـ٣ صـ٣٩

أما إذا كانت حاملا فإن نفقتها واجبة عليه لأن في بطنها ولده وقد عـرف ذلك بالنص وهو قوله تعالى: ﴿ وإن كن أولات حمل فـانفقوا عليهـن حتـى يضعـن حملهن﴾(١).

لكن الحنفية قالوا ، إن النفقة جزاء الاحتباس ، والاحتباس قائم في حـق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد، فتجب لها النفقة مطلقـاً ولهـذا كـان لهـا السكنى بالاجماع.

وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر بن الخطاب ﷺ فإنه قال: لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندرى صدقـت أم كذبـت ، حفظـت أم نسـيت ، سمعـت رسول ا لله ﷺ يقول : ﴿ للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت في العدة﴾.

ومراده بقوله كتاب ربنا قولـه تعـالى ﴿ يـا أيهـا النبـي إذا طلقتـم النسـاء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة واتقوا ا لله ربكـم لا تخرجوهـن مـن بيوتهـن ولا يخرجن إلا ان يأتين بفاحشة مبينة ﴾(٢) .

فا لله سبحانه وتعالى نهى عن إخراجهن وخروجهـن مـن بيوتهـن وأوجـب النفقة والسكنى على الأزواج بقوله تعالى ﴿ اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾ أي وأنفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة بـن مسـعود المرويـة عـن رسـول ا لله صلى ا لله عليه وسلم مفسرة لذلك وهذه الآية إنما هي في البوائن بدليل المعطوف وهو قولـه تعـالى ﴿ ولا تضـاروهن لتضيقـوا عليهـن وإن كـن أولات حمـل ﴾ نهـى عـن مضارتهن فلو لم تكن للمبانة النفقة لتضررت ، فأي ضرر وأي تضييق أشد من منـع النفقة مع الحبس بحقه(٣)، ولو وقعت الفرقـة بينهمـا بـالإيلاء أو العنـة أو الجـب فلها النفقة لأن الفرقة بهذه الأشياء مضافة إلى الزوج وكذلك لو وقعت بسبب اللعـان

---

(١)سورة الطلاق آية ٦.

(٢) سورة الطلاق آية ١ .

(٣) فتح القدير حـ٣ص٣٣٢، تبيين الحقائق للزيلعي حـ٣ص٦١.

فلو حاضت ثلاث مرات في أقل من أربعة أشهر وعشرة أيام فـلا تنقضـي عدتهـا إلا بمضي هذه المدة ، ولو مضت أربعة أشهر وعشرة أيام ولم تحض ثلاث مرات ، فـلا تنقضي عدتها إلا بالحيض ثلاث مرات وذلـك لأنهـا لما ورثـت مـن زوجهـا أعتـبر الزواج قائما حكما وقت الوفاة فتجب عليها عدة الوفاة ، ولما كان الطلاق بائنا وهـو يقطع الزوجية يجب عليها عدة الطلاق ، فمراعاة للحالتين وجـب عليهـا أن تعتـد بهما معا على أن تتداخل أقلهما في أطولهما ، وهذا هو معنى أبعد الأجلين .

مبـــدأ العـــدة

إذا كان الزواج صحيحا فابتداء العدة من وقت حصول الفرقـة سـواء كـانت بطلاق أو فسخ أو وفاة وتنتهي بانتهاء أجلهـا ، وإن لم تعلـم الزوجـة بذلـك ، لأن العدة مدة حددها الشارع عند وجوب سببها ، فمتى وجد السبب وجد المسـبب دون التوقف على شئ آخر .

فلو ادعت المرأة أن زوجها طلقها في وقت معين ، وأنكـر الـزوج الطـلاق ، فأقامت الزوجة البينة على دعواها وحكم القاضي لها بما ادعت فإن العدة تحتسـب من الوقت الذي أثبتت البينة وقوع الطلاق فيه وليس من وقت الحكم .

أما لو ادعت أنه طلقها في وقت معين ، وأقر الزوج بمـا ادعتـه أو أقـر هـو ابتداء أنه طلقها منذ كذا ولم يقم بينة على ما ادعاه ، فـإن لم تكـن هنـاك تهمـة ، فإن العدة تبدأ من الوقت الذي أسند الطلاق إليه لا من وقت الإقرار .

وإن كانت هناك تهمة ، كأن يكون الزوج مريضا ويريد الإحتيال مع المـرأة على إعطائها أكثر مما تستحق من الميراث فيتفـق معهـا علـى الاقـرار بطـلاق سـابق وانقضاء العدة ، حتى تصير أجنبية فتنفـذ وصيته لهـا أو يصح إقـراره لهـا بديـن أويكون الزوج يرغب في الزواج ببنت أختها أو بأي محرم لها ، فإن العدة تبدأ مـن وقت الإقرار نفيا لتهمة المواضعة .

وإذا كان الزواج فاسدا، فابتداء العدة من وقت متاركة الرجل المرأة أوتفريـق القاضي بينهما ومبدأ العدة في الوطء بشـبهة بـلا عقـد مـن آخـر الوطآت عنـد زوال الشبهة ، إذ لا عقد هنا فلم يبق سبب للعدة سوى الوطء .

هذه هي الأحكام التي كان معمولا بها قبل صدور القـانون رقـم ١٠٠ لسـنة ١٩٨٥ فلما صدر هذا القانون جعل اثار الطلاق ومنها العدة لا تبـدأ في حـق المطلقـة إلا من وقت علمها بالطلاق ، وذلك في حالة إخفائه الطلاق عنهـا وعـدم علمهـا بـه وقد سبق أن أوضحنا ذلك عند الكلام على اثبات الطلاق .

وإن كان للزوجة دخل في هذه الفرقة بإقدامها على اللعان ، لإنها مضطرة إليه دفاعا عن شرفها فلا يكون ذلك مسقطا لحقها في النفقة .

٢- المعتدة من فرقة جاءت من جهتها بسبب غير محظور ، كأن تختار فسخ الزواج عند البلوغ وذلك عندما يزوجها غير الأب والجد ، أو فسخ العقد لنقصان مهرها عن مهر المثل ، أو لعدم الكفاءة بطلب وليها العاصب .

٣- المعتدة من فرقة قضى بها القاضي في الحالات التى يجوز له فيها التفريق بينهما ، لأن القاضي نائب عن الزوج في تطليق زوجته ، فكأن الزوج هو الذي طلق فتستحق الزوجة نفقة العدة عليه وإن كان الطلاق بناء على طلبها .وإذا وجبت النفقة للمعتدة فإنه يراعى في تقديرها ما يراعى في تقدير النفقة حال قيام الزوجية وتعتبر هذه النفقة دينا صحيحا للمعتدة من تاريخ الطلاق ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ولا يتوقف على قضاء القاضي أو التراضي عليها وهذا ما يسير عليه القضاء الآن .

ولا تستحق المعتدة نفقة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق إنْ لم تتزوج فإن تزوجت قبل مضي السنة سقط حقها في النفقة فإن أخذتها من غير حق طولبت بها.

القسم الثاني : من لا تجب لهن على الزوج نفقة :

١- المعتدة من وفاة ، ولو كانت حاملا ، لأن الإحتباس ليس لحق الزوج بل لحق الشرع وجبت عليها عبادة ولهذا لا يراعى فيها معنى التعرف عن براءة الرحم ، فحتى لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حبل ، وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول .

ولأن النفقة تجب على الزوج ساعة فساعة ، ولا ملك له بعد الموت ، ولا يمكن إيجابها في ملك الورثة لانعدام الإحتباس لأجلهم .

٢- المعتدة من فرقة بسبب زواج فاسد أو دخول بشبهة لأن حال العدة معتبر بحال الزواج، والمرأة لا تجب لها النفقة في الزواج الفاسد فكذلك لا تجب لها في حال العدة منه(١).

٣- المعتدة من فرقة جاءت من جهتها بسبب محظور ، لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كالناشزة بل أبعد لأنها أزالت الحل والنكاح بينهما كأن ترتد عن دين الإسلام أو تمتنع عن الدخول فيه بعد أن أسلم زوجها ولم تكن كتابية أو تفعل مع أحد أصول الزوج أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، لأن النفقة فيها معنى الصلة ولأن الفرقة لما جاءت من جهتها بغير حق كانت مبطلة لحقها في النفقة قياسا على الوارث إذا قتل مورثه بغير حق فإنه يحرم من الميراث .

وقد نص فقهاء الحنفية ، على أن الذي يسقط بهذه الفرقة هو النفقة لا السكنى ، لأن القرار في منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها أما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطها بمعصيتها(٢).

ما يجب على المعتدات

الواجب على المعتدات أمران ، أحدهما عام يشمل كل معتدة والثاني خاص ببعض المعتدات.

فأما الأول ، فهو أن تقيم المعتدة مدة العدة في المسكن الذي تكون فيه حال وقوع الفرقة حتى لو حصلت الفرقة وهي بعيدة عنه ، وجب أن تعود إليه فورا لتعتد فيه ، سواء كانت العدة من طلاق أو وفاة ، أما المطلقة لقوله تعالى ﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ نهت الآية

(١) البدائع حـ٣ص٢١١.

(٢) فتح القدير حـ٣ص٣٤٢.

الأزواج عن إخراجهن ونهت المطلقات عن الخروج إلا أن يأتين بفاحشة مبينـة[1]. وإذا حرم على الأزواج إخراجهن ، وحرم عليهم الخروج كان البقاء واجبا .

وأما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه الصلاة والسلام لفريعة بنت مالك إبن أبي سنان أخت أبي سعيد الخدري ، حينما قتـل زوجهـا وجـاءت تستأذنه في أن تعتد في بني خدرة لا في بيت زوجهـا (لا حتـى يبلـغ الكتـاب أجلـه) [2]، يعـني لاتخرجي حتى تنقضي عدتك .

غير أنه إذا كان الطلاق رجعيا فلا مـانع مـن بقائهـا مـع الزوج في مسـكن واحد ، لأن الطلاق الرجعي لا يحرم المطلقة على من طلقها ولذلـك لـه أن يستمتع بها بعد الطلاق ويكون ذلك رجعة لها.

أما إذا كان الطلاق بائنا فلا يجـوز أن تسكن معـه ، لأنهـا حينئـذ تكـون أجنبية عنه والنظر إليهـا حـرام ، إلا إذا لم يكـن لـه إلا حجـرة واحـدة فـلا بـأس بالمساكنة معه ، بشرط وجود ساتر بينهما لأنه يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم، إلا أن يكون فاسقا فيجب عليه أن يخرج ويتركها لتقضي عدتها فيها .

والحكمة في إلزام المعتدة بالبقاء في المسكن الذي تسـكن فيـه وقـت حصـول الفرقة هي أنها إذا كانت مطلقة فإن بقاءها قريبة منه ، يمكنه مـن صيانتهـا حتـى تنتهي عدتها منه ، ولعلـه يـرى منهـا في هـذه الفـترة مـا يرغبـه في إعـادة الحيـاة الزوجية مرة أخرى ، وهذا ما يشير إليه قوله تعـالى﴿ لعـل ا لله يحـدث بعـد ذلـك أمرا ﴾ .

---

(1) الفاحشة قيل نفس الخروج ، مثل قولك لا تزن إلا أن تكون فاسقا ولا تشتم أمك إلا أن تكون قاطع الرحم وقيل الفاحشة هي الزنا فيخرجن لإقامة الحد عليهن وقال ابن عباس الفاحشة نشوزها وأن تكون بدية اللسان على أحمائها

(2) سبل السلام جـ٣ص٢٠٧. وفريعة بضم الفاء وفتح الراء وسكون المثناة التحتية وعين مهملة

وإن كانت متوفى عنها زوجها فإن بقاءها في نفس المسكن يجعلها على ذكر منه فيحملها ذلك على الوفاء له والترحم عليه والتزام ما أمرها به الشارع من التربص والإنتظار.

ولما كانت العبادات تؤثر فيها الأعذار ، كان لها أن تنتقل إلى مسكن آخر إذا وجد العذر كأن ينهدم المسكن أو تخشى سقوطه أو تخاف فيه على نفسها أومالها أو كانت تسكن فيه بالأجرة بعد وفاة زوجها وقد عجزت عن دفعها أو كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة إلى غير ذلك من الأعذار ، والمسكن الذي تخرج إليه للعذر يكون كالأول فلا تخرج إلا لعذر أيضا وتعيينه في عدة الطلاق يكون للزوج وفي عدة الوفاة يكون إليها لأنها مستبدة في أمر سكناها لأنها هي التى ستدفع الأجرة ، والأولى أن يكون قريبا من مسكنها الأول لتظل ذاكرة لزوجها المتوفى وإن انتقلت بدون عذر اعتبرت ناشزة فتسقط نفقتها إن كانت لها نفقة ولاتعود إلا بعودتها إليه ، وهذا ما يجرى عليه عمل المحاكم وينبغي أن تحكم بهذا إذا انتقلت إلى مسكن غير مسكن أهلها ، أما إذا خرجت لتقيم بين أهلها فالواجب إلا يعتبر ذلك نشوزا فلا يكون موجبا لسقوط النفقة لأن العرف جرى بذلك وللعرف في الشرع اعتبار .

وللمعتدة أن تخرج من منزل العدة لقضاء مصالحها الضرورية التى لا غنى لها عنها إذا لم تجد من يقوم بقضائها ولذلك كان لمعتدة الوفاة إذا لم يكن لها مال تنفق منه على نفسها ، جاز لها أن تخرج لكسب عيشها ، لما أن الشارع لم يفرض لها نفقة على أحد ، لأن الضروريات تبيح المحظورات.

الأمر الثاني _ الخاص ببعض المعتدات ، الاحداد وهو أن تترك المرأة المعتدة التحلي والزينة في نفسها وفي ملابسها .

وهو واجب شرعا ما دامت في العدة من نكاح صحيح ، إذا كانت بالغة عاقلة مسلمة حتى ولو نهاها المطلق أو وصاها الزوج قبل وفاته على تركه لأنه واجب حقا للشرع وما كان كذلك لا يملك أحد إسقاطه وهو موافق لما جرت به محاسن العادات .

وقد اتفق الفقهاء على وجوب الاحداد على المعتدة من وفاة لما روي أن أم حبيبة رضي الله عنها لما بلغها موت أبيها أبي سفيان ، انتظرت ثلاثة أيام ثم دعت بطيب وقالت : ما لي بالطيب حاجة غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول **﴿لا يحل لامرأة تؤمن با لله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا﴾**.

والحكمة في هذا **أولا** : إظهار الحزن والأسف على الفراق وزوال نعمة الزواج وقضاء لحقه عليها ووفاء للعشير .

ثانيا : أن زينتها من دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة من الزواج ما دامت في العدة بل لا يجوز لأحد أن يخطبها حينئذ فلا يجوز لها أن تتزين كيلا تجر زينتها إلى الوقوع في المحرم أو إلى سوء الظن بها ، ولا مانع من الملابس السوداء في الحداد مدة ثلاثة أيام ولكن لا ينبغي تعمد صبغ الثياب لذلك والحديث السابق يفيد أنه مباح للمرأة أن تحد على الأقارب ثلاثة أيام، ولو أرادت ذلك ولها زوج له أن يمنعها لأن الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركه إذا امتنعت وهو يريدها لأن الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه فله منعها منه[1].

واتفق الفقهاء أيضا على عدم وجوب الاحداد على المعتدة من طلاق رجعي، لأن الزوجية لا تنقطع به ، فلا وجه لإظهار الحزن والأسف على زوالها ، بل إن المستحب لها أن تتزين وتتجمل أثناء العدة ليكون ذلك باعثا على إرجاع الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه ، وكذا لا إحداد على المعتدة من نكاح فاسد ، لأنها لم يفتها نعمة النكاح ، حتى تأسف عليه. واختلفوا في المعتدة من الطلاق البائن ، فقال الشافعية والمالكية لا يلزمها الاحداد ، لأنه إنما وجب لإظهار الحزن والأسف على فراق زوج ، وهذا قد أوحشها بالإبانة ، فلا تأسف على فراقه .

وقال الحنفية يلزمها الاحداد ، لما روي أن النبي ﷺ نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال " الحناء طيب " ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها . ولأن

---

(1) ويقال الحداد وهما لغتان ، يقال أحدت المرأة تحد إحدادا فهي محد وحدت حدادا فهي حاد .

المقصود من الحداد إظهار الحزن والأسف على فوات نـ ـ الزوج ، الذي هـو سـبب لصونها وكفاية مؤنتها ، وهذا كما يتحقق في حالة الوفاة ، يتحقق في حالة الطـلاق البائن فيلزمها الاحداد في حالة الإبانة ، كما يلزمها في حالة الوفاة .

كمـا اختلفـوا في الكـافرة والصغـيرة والمجنونـة ، فقـال الشـافعية والمالكيـة عليهن الحداد لأنه وجب لموت الزوج فيعم النساء .

وقال الحنفية لا حداد عليهن ، لأن وجوبـه عنـد مـوت الـزوج مـن حقـوق الشرع ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخـاطب هـؤلاء بـه ولهـذا شرط الإيمان فيه كما يدل على ذلك الحديث السابق(١).

---

(١) فتح القدير حـ٣ص٢٩٥.

حقـــــوق الأولاد

الأولاد هم ثمرة الحياة الزوجية وغايتها ، وهم بهجة الدنيا وزينتها ، وهم العدة والمستقبل المرجو للأسرة والأمـة مـن أجـل ذلـك عنـى الإسـلام بشـأنهم واهتم بأمرهم ، فشرع لهم من الحقوق ما يكفل سعادتهم ويحفظهم من الإنحلال والفسـاد، وما يهيئهم لحياة صالحة لعمـارة هـذا الكـون ، الـذي أراد ا لله عمارتـه إلى الوقـت المقدر في علمه تعالى . فشرع سبحانه وتعالى لهم أحكامـا لثبـوت النسـب، واحكامـا للرضاع واحكاما للحضانـة واحكامـا للنفقـة واحكامـا للتربيـة والحفـظ والتوجيـه ، واحكاما للتزويج ، واحكاما لإدارة المال والتصرف فيه .

والذي يعنينا هنا ، هـو الكـلام علـى الأحكـام الخاصـة بالنسـب والرضـاع والحضانة والنفقة .

النســــــب

قال ا لله تعالى ﴿ وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعل نسبا وصهرا وكـان ربك قديرا ﴾ أي خلق البشر من الماء وجعل منه الزوجـين الذكـر ، الـذي ينتسـب إليه ويتعرف به ، والأنثى التي يصهر بهـا ويرتبـط بهـا ويرتبـط مـع الآخريـن عـن طريقها ، وكـان ربـك قديـرا حيـث خلـق هـذه الرابطـة الكريمـة ، رابطـة النسـب والمصاهرة ، ليجد الأطفال الضعفاء في ظلالها من العطف والرحمة والحنان ما يكفـل لهم التربية الحسنة ، والتوجيه النافع والنشأة الكريمة الصالحة ، وسيكون للأسـرة منها البقاء القوي الشامخ، والصلاحية الكاملة للبقاء والإزدهار والتغلب على عوامـل الإضطراب والإنحلال ، التي تزجيها المدنية الزائفة الجارفـة ، وكـان ربـك قديـرا حيث اقتضـت حكمتـه أن يحيـط هـذه الرابطـة القويـة ذات الأثـر البعيـد في كيـان المجتمع كله بجملة مـن الأحكـام ، سياجا منيعـا يحفظهـا مـن الفسـاد والفنـاء ، ويكفل لها الإنتاج القوي الصالح ، لخير المجتمع الإسـلامي ، بـل وخـير البشـرية

كلها . ولقد كان النسب في الجاهلية قبل الإسلام على الفراش والولادة والإدعاء والتبني ، يولد الوليد على فراش الزوجية أو الملك فينتسب إلى صاحبه ويولد الوليد من سفاح فيدعيه رجل ويقول أصبت أمه وهو يشبهني ، فيكون له وينسب إليه ، ويولد الوليد لأبيه وأمه فيتبناه رجل ويستلحقه ، فيكون له وينسب إليه ، ويكون لديه كالإبن النسبي على السواء .

وغير هذا أو ذاك صور وأوضاع توارثوها وأقاموا عليها ، حتى جاء الإسلام وسار في علاج هذا الأمر سيره في علاج سائر الأمور التى عدلها أو قضى عليها من الأساس يتئد ويتدرج ويسير في الطريق خطوة وخطوات ، حتى إذا ما صلحت النفوس قضى فحسم وحكم فقطع .

جارى الأوضاع وسايرها زمنا ، ثم قضى على التبني وأبطل حكمه فقال الله تعالى ﴿ وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ﴾.

وأبطل أن يكون الزنا والعهر طريقا لثبوت النسب ، فقال ﷺ : ﴿ الولد للفراش وللعاهر الحجر ﴾ والمراد بالعاهر الزاني ، أي أن الولد يكون لصاحب الفراش وينسب إليه أما الزاني فليس له إلا الرجم بالحجارة ، إذا توافرت شروط إقامة الحد .

والشارع الاسلامى يتشوف الى ثبوت نسب الولد ، حتى لا يضيع أويتعرض للضرر وحتى لا يصاب المجتمع بالضرر إذا هو فسد.

فقد نهى النبى ﷺ الاباء عن انكار نسب الاولاد، وتوعدهم على ذلك بالعقاب الشديد فقال: ﴿ ايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله عنه يوم القيامة وفضحه على رءوس الخلائق﴾ ولما كان من شأن هذه الروح السمحة الكريمة ان تغرى البعض بالصاق الاولاد بغير ابائهم نهى الرسول الكريم الابناء عن

أن ينتسبوا الى غير أبائهم ، فقال : ﴿ من أدعى الى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام﴾ كما نهى المرأة عن أن تنسب الى زوجها ولدا تعلم أنه ليس منه، فقال : ﴿ أيما أمرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من ا لله في شئ ولن يدخلها جنة ﴾ .

ولما كان الكثير من أحكام النسب ينبنى على تحديد مدة الحمل كان من المحتم أن نتكلم عن ذلك ونبين أراء الفقهاء في مدة الحمل أقلها وأقصاها.

مدة الحمل : أتفق الأئمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر مائة وتمانون يوماً لقوله تعالى : ﴿ ووصينا الأنسان بوالديه أحساناً حملته أمه كرهاً ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ وقوله فى آية أخرى : ﴿ وفصاله في عامين ﴾ وفى آية ثالثة ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ فقد حددت الآية الأولى للحمل والفصال ثلاثين شهراً وحددت الآيتان الثانية والثالثة للرضاعة وحدها وهى الفصال عامين ، أربعة وعشرين شهرا فيبقى للحمل من مجموع المدتين ستة أشهر وهى أقل مدة يمكن أن يتكون فيها الجنين وتتميز أعضاؤه ويولد بعدها حياً .

وقد روى أن رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان ﷺ برجمها فقال له أبن عباس ﷺ ، أما أنها لو خاصمتكم بكتاب ا لله لخصمتكم ، اذ قال ا لله تعالى : ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ وقال تعالى : ﴿ وفصاله فى عامين﴾ فإذا ذهب عامان للفصال لم يبق للحمل إلا ستة أشهر فدرا عثمان عنها الحد ، وأثبت النسب من الزوج ، وروى مثله عن على كرم ا لله وجهه .

أقصى مدة الحمل : أختلف الفقهاء فى أقصى مدة الحمل أختلافاً كبيراً فذهب الظاهرية الى أنها تسعة أشهر ، حكاه أبن حزم فى المحلى ، ونسبه الى عمر رضى ا لله عنه أستناداً الى الواقع المشاهد والمستقر على مدى السنين والأعوام وذهب

محمد بن عبد الحكم من فقهاء المالكية الى أنها سنة قمرية . وذهب الحنفية الى أن أقصى مدة الحمل سنتان وغالبها تسعة أشهر[1].

أستدل الحنفية بحديث عائشة رضى الله عنها ، إذ قالت لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل ، وفلكة المغزل رأسه ، وهو على تقدير مضاف أى ولو بدورة فلكة مغزل ، وهو مثل فى سرعة الدوران والمقصود منه أنه لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بمقدار هذه اللحظة القصيرة التي يدور فيها المغزل دورة واحدة، ويقول الحنفية أن مثل هذا الأمر لا يعرف بالرأى ولا مدخل للقياس في تعيين مدة الحمل ، فدل ذلك على أن السيدة عائشة رضى الله عنها أنما قالت ذلك سماعا من صاحب الوحى صلي الله عليه وسلم فيكون منها حجة .

غير أن الأستدلال بحديث السيدة عائشة كما أحتمل أن تكون قد قالته سماعا من صاحب الرسالة يحتمل أن يكون رأيا لها أخذته من بعض الحوادث التى شاهدتها أو سمعت بها ، ولم يتعين أن يكون سماعا من الرسول ، ومن ثم لا تكون فيه حجية .

وكان العمل بالمحاكم يجرى على مقتضى مذهب الحنفية ، وهو اعتبار اقصى مدة الحمل سنتان وبناء الاحكام على هذا التقدير ، ثم جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقضى باعتبار اقصى مدة الحمل سنة شمسية ، ٣٦٥ يوما وبعدم سماع دعوى النسب فى حالات غيبة الزواج أو وفاته أو طلاق الزوجة إذا اتت به لاكثر من سنة من وقت غيبة الزوج أو من وقت الطلاق أو الوفاة – اذ نصت المادة الخامسة عشرة منه على ما يأتى :

" لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة اتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها

---

(1) هناك أقوال أخرى كثيرة ، تزيد فى مدة الحمل عن الأقوال المذكورة ، ويبدو أنها مبنية على حوادث فردية. وما كان كذلك فلا عموم له .

ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا اتت به لاكثر من سنة وقت الطلاق أوالوفاة".

وجاء فى المذكرة التفسيرية لهذه المادة ، ان التقدير الذى ذهب اليه الحنفية في اقصى مدة الحمل لا يستند الى دليل من كتاب أو سنة صحيحة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد جر كثيرا من اصحاب الذمم الفاسدة ، الى ادعاء نسب اولاد غير شرعيين والحقاقهم بغير ابائهم وانه لايتفق مع الواقع فى مدة الحمل وان الاطباء الشرعيين قرروا ان مدة الحمل فى جميع الحالات النادرة لا تتجاوز سنة واحدة ٣٦٥ يوما .

وبصدور هذا القانون عدلت المحاكم عن العمل بمذهب الحنفية واخذت بما حدده لاقصى مدة الحمل، وهو تقدير سليم روعى فيه اغلب حالات الحمل مع الاحتياط للحالات النادرة التى قد تزيد فيها المدة على الغالب المعتاد ، وهو بعد رأى الخبراء المختصين ، اصحاب البصر والمعرفة فى مثل هذا الشأن ، ولا شك ان قواعد الشريعة تقضى بوجوب الرجوع فيما يشكل من الامور وليس فيه نص عن الشارع ولا حكم مأخوذ من مصادر التشريع ، إلى أهل الخبرة و المعرفة فى هذا الشأن وقد سبق أن الظاهرية، قدرت أقصى مدة الحمل بتسعة اشهر وهو ايضا غالب مدة الحمل عند الحنفية ، وان الفقيه المالكى محمد بن عبد الحكم قدرها بسنة قمرية ، وقد نقل عن ابن رشد الفقية المالكى انه قال ، وهذه المسألة الرجوع فيها إلى العادة و التجربة أولى .

أسباب ثبوت النسب :

سبب ثبوت النسب بالنسبة للمرأة هو الولادة ، فمتى جائت المرأة بولد ثبت نسبه منها دون توقف على شيء آخر من فراش أو إقرار أو ادعاء ولا فرق بين ان تكون الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو اتصال يشبه أو من سفاح ، وإذا ثبت النسب منها بالولادة كان لازما ولايمكن نفيه .

أما بالنسبة للرجل ، فإن النسب يثبت فى حقه بالفراش – الصحيح وما ألحق به .

والمراد بالفراش الصحيح : أن تكون المرأة حلالا للرجل بناء على عقد زواج صحيح ، فالزواج الصحيح يثبت به الفراش ويعتبر العقد فيه سببا لثبوت النسب باتفاق الفقهاء ، متى توافرت الشروط المعتبرة فى هذه الحالة .

والمراد بما الحق بالفراش الصحيح : الدخول الحقيقى والمخالطة الجنسية بناء على زواج فاسد أو شبهة .

فسبب ثبوت النسب هو العقد فى الزواج الصحيح ، والدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد والشبهة وسنتكلم عن كل واحدة منها :–

الزواج الصحيح :

اتفق الفقهاء على أن العقد فى الزواج الصحيح هو السبب فى ثبوت نسب الولد، الذى يولد أثناء قيام الزوجية ، إذا توافرت الشروط اللازمة فى هذه الحالة وهى:

أولا : أن تأتى به الزوجة لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج فإن جاءت به لهذه المدة ثبت نسبه وسواء اقر ببنوته ام سكت وإذا نفاه نفيا معتبرا شرعا فلابد من اللعان[1].

---

[1] كيفية اللعان : إذا قذف الزوج زوجته بالزنى أو بنفى نسب ولدها منه أو بهما معا ولم يثبت ذلك باربعة شهود وطلب اقامة حد الزنى عليها وطلبت هى اقامة حد القذف عليه ، فالواجب حينئذ : اللعان ، فيأمر القاضى الزوج بأن يلاعن زوجته فيشهد اربع مرات يقول فى كل مرة : اشهد با لله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى أو من نفى الولد ، حسبما كان من القذف ويقول فى الخامسة : لعنة ا لله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى ، أو من نفى الولد .

ثم تشهد الزوجة اربع شهادات تقول فى كل مرة : اشهد با لله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنى أو من نفى الولد وتقول فى الخامسة غضب ا لله عليها ان كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنى أو من نفى الولد . وإذا تم اللعان بين الزوجين بالكيفية المذكورة فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة ونفى نسب الولد من الزوج . وما دام القاضى لم يفرق بينهما بعد اللعان فالزوجية قائمة بينهما حتى لو مات احدهما بعد اللعان ، وقبل التفريق ورثه الاخر ، مالم يوجد مانع من الارث كاختلاف الدين بان كان الزوج مسلما والزوجة كتابية . والاصل الذى بنى عليه اللعان قول الله تعالى : " والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات انه من الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من–

والنفى المعتبر شرعا ألا يسبق منه ما يدل على الإقرار بالولد صراحة أوضمنا فإن سبق منه ما يدل على ذلك لا يقبل منه النفى بعد ذلك ولا يكون معتبرا شرعا لأن النسب متى ثبت بالإقرار لا يقبل النفى بعد ذلك . ومن الإقرار الصريح أن يقر حال حملها وقبل الولادة بان الحمل منه، إذا كانت المدة بين الإقرار والولادة أقل من ستة لتأكد ورود الاقرار على الحمل الذى ولدته فلا يقبل نفيه بعد ذلك.

ومن الاقرار الضمنى إعداد معدات الولادة وقبول التهنئة بالمولود.

فشرط قبول النفى ألا يسبقه إقرار معتبر بالولد وحصول اللعان وإذا تم اللعان ، انتفى نسب الولد عنه فيما يتعلق بحقوق العباد كالإرث والنفقة ونحو ذلك أما فيما يتعلق بحقوق الله تعالى كحرمة النكاح فإنها تترتب على النفى، احتياطا دون توقف على اللعان ، أما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت عقد الزواج، فلا يثبت نسبه، لتحقق حصول الحمل به قبل الزواج لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر باتفاق الفقهاء كما ذكرنا، ويحتمل ثبوت نسبه من رجل آخر تكون قد تزوجت من هذا الاخر بعقد زواج صحيح أو فاسد حصل فيه دخول أو بأن تكون قد حصلت بينها وبين هذا الاخر مخالطة جنسية بشبهة يثبت فيها النسب شرعا ، فالولد فى هذه الاحوال كلها يثبت نسبه من الرجل الآخر ومن ثم يكون العقد على المرأة وقت الحمل بهذا الولد فاسدا.. وبالتالى لا يثبت نسبه من الزوج الجديد إلا إذا ادعى هذا الزوج ثبوته ولم يصرح بأنه من الزنا فحينئذ يثبت نسب الولد منه بهذا الادعاء تصحيحا لكلامه ومراعاة للولد ، ويحمل على أنها قد حملت به منه قبل هذا الزواج ، بناء على عقد ثابت صحيح أو فاسد حصل فيه دخول أو على حصول اتصال جنسى يشبهه معتبره شرعا.

- الكاذبين ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين". واتفق الفقهاء على ان اللعان لايكون الابين الزوجين في زواج صحيح شرعا مع قيام الزوجية بينهما حقيقة أو حكما كما فى عدة الطلاق الرجعى فلالعان بين الزوجين فى زواج فاسد وبناء على ذلك فلا سبيل الى نفى نسب الولد الثابت بالفراش فى الزواج الفاسد لعدم تحقيق احد شرطى صحة نفى النسب وهو التلاعن بين الزوجين . وقد سبق بيان حكم اللعان بالتفصيل.

ثانيا: أن يكون الزوج بحيث يتصور منه الحمل ، بأن يكون بالغا أومراهقا على الاقل فإن كان صغيرا لا يتصور منه الحمل لا يثبت النسب لأن هذه قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه.

وهذا باتفاق الائمة ولأن الشرط الاساسى فى النسب ان يولد مثل الولد المولود لمثل من ينسب اليه ، ولا يتوفر هذا الشرط إذا ولد مولود والزوج صغير لايتصور منه الحمل.

ثالثا: قال مالك والشافعي وأحمد فى قول له ، أنه يشترط لثبوت النسب فى الزواج الصحيح إمكان التلاقى بعد العقد بين الزوجين فإذا تزوج رجل بامرأة وأتت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج وكان الزوج يتصور منه الحمل ولكن ثبت ان الزوجين لم يتلاقيا أو أنه لم يكن من الممكن ان يتلاقيا فانه لا يثبت نسب هذا الولد عندهم وقال شيخ الاسلام ابن تيمية إنه لا يكفى امكان الدخول بل الشرط الدخول بالفعل وقرر أن الإمام أحمد ﷺ أشار الى ذلك فى رواية حرب عنه فيمن طلق امرأته قبل الدخول بها وأتت بولد فانكره المطلق أنه قال: ينتفى عنه بغير لعان فان معنى ذلك ان نسب الولد لم يثبت لعدم الدخول لأن شرط اللعان ألا يكون هناك دليل الرمى بالزنا والاتيان بالولد قبل الدخول دليل الزنا وقد رجح ابن القيم هذا القول فى زاد المعاد إذ قال هذا هو الصحيح المجزوم وإلا فكيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل الزوج ولم يبن بها، لمجرد امكان بعيد ، وهل يعد أهل العرف واللغة المرأة فراشا قبل البناء بها، وكيف تأتى الشريعة لالحاق نسب من لم يبن بامرأته ولا دخل بها ولاجتمع بها، بمجرد امكان ذلك وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عدد فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق .

وقال أبو حنيفة، إن العقد الصحيح كاف فى ثبوت النسب متى كانت الولادة حال قيام الزوجية ، وكانت لستة أشهر فأكثر من وقت العقد وكان الزوج يتصور منه الحمل فيثبت النسب فى هذه الحالة ولو لم يلتق الزوجان فعلا بناء على جوار التلاقى بينهما عقلا مثلا إذا تزوج مشرقى بمغربية بطريق المراسلة أو الوكالة

وأتت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج وكان الزوج بالغا أو مراهقا ثبت نسبه من الزوج ولو لم يتلاق الزوجان بعد العقد بالفعل .

وقال الكمال بن الهمام من الحنفية « ان تصور اتصال الزوج بالزوجة شرط في ثبوت النسب في الزواج الصحيح ولا يكفي مجرد العقد الصحيح ، فقد جاء في فتح القدير حاشيته على الهداية جزء ثالث صفحة (٣٠١) قال بعض المشايخ إن قيام الفراش يعني الزواج الصحيح كاف في ثبوت النسب ولا يعتبر امكان الدخول، بل العقد قائم مقامه » كما في تزوج المشرقي بمغربية، والحق ان تصور اتصال الرجل بالمرأة شرط . ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات.

وقد كان العمل بالمحاكم يجري على مقتضى مذهب الحنفية من اعتبار العقد الصحيح كافيا لثبوت النسب حال قيام الزوجية دون اشتراط الدخول بالفعل أو امكان الدخول حتى رؤى العدول عن العمل به لما قد يجر اليه من الاحتيال والتزوير فصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ متضمنا النص في مادته الخامسة عشرة، على أنه : " لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، إذا أتت به لاكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة.

والقانون بهذا النص « يخالف مذهب الحنفية في نقطتين:

الاولى : اعتبارهم العقد الصحيح كافيا في إثبات النسب ، حال قيام الزوجية ولو لم يتلاق الزوجان، والثانية اعتبارهم اقصى مدة الحمل سنتين . غير أن القانون لم يجعل التلاقي شرطا في ثبوت النسب وانما جعله شرطاً في سماع دعوى النسب عند الانكار .

وفي هذه الحالة لو جعله شرطا في ثبوت النسب ، لرتب على انتفائه عدم الثبوت ، لكنه رتب عدم سماع الدعوى عند الانكار ، وهذا لا ينافي ثبوت النسب.

وقد جاء في المذكرة التفسيرية لهذه المادة، وبما أنه يجوز شرعا لولي الأمر أن يمنع قضائه من سماع بعض الدعاوى التي يشاع فيها التزوير والاحتيال ، ودعوى نسب ولد بعد مضي سنة من تاريخ الطلاق ، بين الزوجين أو وفاة الزوج وكذا دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته في وقت ظاهر فيها الاحتيال والتزوير ، لذلك المادة ١٥ من القانون.

والقانون يتفق في مجرد اشتراط التلاقي وامكانه ، مع مذهب الائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد في قوليه وإن كان لم يجعله شرطا لثبوت النسب ، كما فعل الائمة ورتبوا على انتفائة عدم ثبوت النسب وانما جعله شرطا في سماع الدعوى بنسب الولد ، ورتب على ثبوت عدمه عدم جواز سماع الدعوى والمشرع بهذا الصنيع ترك ثبوت نسب الولد في محل الاحتمال ، بأن يدعيه الزوج ويقربه ، وأبعد عن الزوجه تهمة الزنا(١).

ثبوت النسب حال العدة :

الزواج ما دام قائما فإن النسب يثبت به ، متى توافرت الشروط التي أوضحناها ، أما إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بأي سبب كان : بطلاق أو بغيره فإن النسب لا يثبت إلا إذا ولدته في مدة مخصوصة تبعا لنوع الفرقة التي يترتب عليها الإنفصال وتبعا لوجوب العدة على المرأة بعد الفرقة وعدم وجوبها .
وفيما يلي بيان حكم كل حالة وفقا للمذهب الحنفي والقانون :

---

(١) هذا ، ويجب ان يكون ملحوظا ان القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وان كان قد منع سماع دعوى الزوجية أو الاقرار بهما إذا لم تكن ثابتة بوثيقة رسمية اعتبارا من أول اغسطس سنة ١٩٣١ أو إذا لم يكن سن الزوجين وقت رفع الدعوى موافقا للسن القانونية للزوج إلا انه لم يمنع من سماع دعوى ثبوت النسب في هاتين الحالتين ولو لم يتحقق ذلك ايا كان الزواج عرفيا أو كان سن الزوجين أو احدهما دون السن المقررة فإذا تزوج شخص بامرأة زواجا عرفيا وكان سنها اقل من ستة عشر عاما ثم جاءت بولد وكانت قد توفرت شروط ثبوت النسب فان لها ان ترفع امرها الى المحكمة وتطلب من القاضي الحكم لها بثبوت نسب ولدها من زوجها المدعى عليه وعلى القاضي ان يجيبها الى طلبها بعد ان تثبت الزوجة بأى طريق من طرق الاثبات وذلك محافظة على الولد.

أولا : المطلقة قبل الدخول :

المطلقة قبل الدخول ، إما أن تكون ولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق أو لأكثر فإن كانت ولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسب ولدها من زوجها المطلق ، وإن كانت ولادتها لتمام ستة أشهر من تاريخ طلاقها فلا يثبت نسبه منه [1] ، لأن الطلاق قبل الدخول والخلوة ، تبين به الزوجة لا إلى عدة فمن ثم لايثبت النسب إلا ثبت يقينا أن الحمل حصل قبل الفرقة وولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق . يثبت به اليقين أنها حملت قبل الفرقة باعتبار أنها أقل مدة حمل ، ويحكم بأن الزوج دخل بزوجته وحملت منه قبل أن تطلق منه ، وتعتبر الولادة دليلا على أن الطلاق كان بعد الدخول لا قبله ولذلك يجب لها جميع المهر . وإذا جاءت به لتمام ستة أشهر فأكثر فإنه لا يحصل اليقين بحدوث الحمل قبل الفرقة ، لأنه يحتمل أن تكون حملت به بعد الفرقة لأن مدة الستة الأشهر تصلح لتكوين الجنين ويحتمل أن تكون حملت من مطلقها ومتى وجد الإحتمال فلا يثبت النسب ، لما ذكرنا. من أن المطلقة قبل الدخول والخلوة يشترط في ثبوت نسب ولدها ، أن يحصل اليقين بأنه منه . إلا إذا ادعاه ، ولم يصرح بأنه من الزنا ، ويحمل على أنه اتصل بها بناء على شبهة احتياطا في الأنساب وسترا للأعراض .

ثانيا : المطلقة بعد الدخول طلاقا رجعيا :

المطلقة رجعيا إما أن تكون قد أقرت بانقضاء عدتها أو لا . فإن أقرت بانقضاء عدتها وكانت المدة تحتمل انقضاءها بأن كانت ستين يوما على رأي الإمام أبي حنيفة أو تسعة وثلاثين يوما على رأي أبي يوسف ومحمد ، ثم جاءت بولد ، فإنه يثبت نسبه من المطلق إذا كانت قد ولدته لأقل من ستة أشهر ، من وقت

---

(1) لكن إذا ادعاه يثبت نسبه منه ، إنه شأن أي مجهول ، وذلك بشرط ألا يصرح أنه من الزنى ويحمل على أنه اتصل بها بناء على شبهة ، احتياطا في الأنساب وسترا للأعراض .

الإقرار وذلك لتيقن قيام الحمل وقت هذا الإقرار ، فتكون كاذبة أو مخطئة في إقرارها بانقضاء العدة ، فيبطل إقرارها ويثبت النسب .

أما إذا جاءت به لستة أشهر وأكثر فلا يثبت نسب هذا الولد من الزوج المطلق لجواز أن تكون حملت به بعد الإقرار بانقضاء العدة ومدة الستة الأشهر كافية لتكوين الجنين فيحتمل أنها حملت به بعد انقضاء العدة ، والمقر يؤخذ بإقراره ما لم يوجد دليل قاطع على كذبه في إقراره .

أما إذا لم تكن قد أقرت بانقضاء عدتها فإنه يثبت نسب ولدها مطلقا ولو جاءت به لسنتين أو أكثر من وقت الطلاق ، مهما طالت المدة لأن الطلاق الرجعي لا يحرم المرأة على زوجها فيجوز له شرعا الإستمتاع بها ويكون ذلك رجعة منه .

فإذا ولدت قبل مضي سنتين من وقت الطلاق حمل ذلك على أنها حملت به قبل الطلاق لأن أكثر مدة الحمل سنتان ، وإذا ولدته لسنتين أو أكثر حمل ذلك على أنها حملت به أثناء العدة لأن الفرض أن هذه المطلقة رجعيا لم تقر بانقضاء عدتها .

والمعتدة من طلاق رجعي زوجيتها قائمة ، ويحل لزوجها أن يستمتع بها في أي وقت ، ما دامت في العدة فيحمل على أن عدتها طالت لأنها كانت ممتدة الطهر ، وأن مطلقها راجعها بالفعل، فحملت منه فيثبت النسب منه .

ثالثا : المطلقة بعد الدخول طلاقا بائنا :

إذا طلق الزوج زوجته طلاقا بائنا ثم جاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه منه لأنها كانت حاملا به وقت الطلاق وذلك لما هو منصوص عليه في المذهب الحنفي من أن أكثر مدة الحمل سنتان .

وإن جاءت به لسنتين أو لأكثر بعد الطلاق لا يثبت النسب منه ، لأن الحمل حينئذ كان بعد الطلاق ، ولا يحتمل أنه منه لحرمة وطئها بعده ولو كانت في العدة لأنه طلاق بائن به تحرم المرأة على زوجها إلا إذا ادعاه لأنه التزمه ، وله وجه وهو أن يكون قد اشتبه عليه الأمر فوطئها في العدة بناء على هذه الشبهة .

هذا إذا لم تقر بانقضاء العدة فإن أقرت بانقضائها وكانت المدة تحتمل ذلك فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار وكانت المدة بين الطلاق والولادة أقل من سنتين ، ثبت نسبه ، لظهور كذبها في إقرارها بانقضاء العدة ولأن أقصى مدة الحمل سنتان وقد ولدته قبل مضي السنتين. وإن ولدته لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار لا يثبت نسبه لاحتمال أنها حملت به بعد انقضاء العدة فلا يكون منه .

وإذا وقعت الفرقة بسبب الوفاة فإن نسبه يثبت ، إذا ولدته لأقل من سنتين ، من وقت الوفاة، إذا لم تقر بانقضاء العدة .

وإن ولدته لسنتين أو لأكثر لايثبت نسبه لأن الحمل كان بعد الوفاة كما لا يثبت لو أقرت بانقضاء العدة ، وجاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار .

هذه هي أحكام ثبوت النسب في العدة كما هي عند الحنفية وقد بنيت كما قال بعض علماءهم على أصل عام هو : أن كل مطلقة لم يكن مدخولاً بها فنسب ولدها لايثبت من الزوج إلا إذا علم يقينا أنه منه ، وتجيء به لأقل من ستة أشهر وكل مطلقة عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزوج ، إلا إذا علم يقينا أنه ليس منه وهو أن تجيء به لأكثر من سنتين .

بيد أن القانون رقم ٢٥لسنة ١٩٢٩ الذي حدد أقصى مدة الحمل بسنة شمسية عدد أيامها (٣٦٥يوما) خالف بعض هذه الأحكام وبناء عليه لو وقعت الفرقة بين الزوجين ، سواء كانت بالوفاة أو الطلاق الرجعي أو البائن أو الفسخ ، ثم ولدت الزوجة ولدا بعد مضي سنة أو أقل من تاريخ الفرقة ثبت نسب ولدها من الزوج لأن الحمل يعتبر حاصلا في أثناء الزوجية بناء على أن هذه المدة هي أقصى مدة الحمل ، وإذا ولدته بعد مضي أكثر من سنة بعد وقت الطلاق أو الوفاة أوالفرقة وادعت ثبوت نسبه من مطلقها أو زوجها المتوفى أو الذي فارقها فإن أقر الزوج بدعواها ولم ينكرها ثبت نسبه منه وإن أنكر الزوج أو ورثته الدعوى ، فلا تسمع دعواها ثبوت النسب لأن الحمل حينئذ يعتبر حادثا بعد حصول الفرقة بينها وبين الزوج فكانت دعواها لذلك يكذبها الظاهر فلا تسمع .

وهذا مبني على ما قرره الطب الشرعي من أن أكثر مدة الحمل سنة فإذا ولدت لأكثر من سنة دل هذا على أنها حملت به بعد وقوع الفرقة أي بعد إنتهاء فراشها ومبني على ما تقرر شرعا من جواز تخصيص القاضي بالزمان والمكان والحادثة .

والأحكام المشار إليها أوردتها الفقرة الثالثة من المادة (١٥) من القانون رقم ٢٥لسنة١٩٢٩ ونصها :" لاتسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق والوفاة .

ثبوت النسب في الزواج الفاسد :

الحق الشارع الحكيم الزواج الفاسد بالزواج الصحيح في ثبوت النسب احياء للولد إذ أدخل الزوج بمن عقد عليها عقدا فاسدا دخولا حقيقيا .

فإذا عقد الرجل على امرأة عقدا فاسدا ثم دخل بها دخولا حقيقيا ثم أتت بولد ثبت نسبه منه إذا أتت به لتمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي بها . لأنها تكون قد حملت به بعد أن صارت فراشا له بالدخول بها ولا يتوقف ثبوت نسب الولد في هذه الحالة على إعتراف الزوج بنسبه ، حتى إذ أنفاه لا ينتفي لأن النفي في حال قيام الزواج الصحيح إنما كان باللعان ولا لعان بين الزوجين في الزواج الفاسد . ومتى انتفى اللعان ، امتنع الانتفاء للنسب .

وإذا أتت به لأقل من ستى أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي بها فلا يثبت نسب ولدها منه لتأكد حصول الحمل حينئذ من زوج سابق .

أما إذا عقد الرجل على امرأة عقدا فاسدا ولم يدخل بها ثم أتت بولد لا يثبت نسبه منه لأن ثبوت النسب في العقد الفاسد كما قلنا لا يترتب إلا على الدخول الحقيقي .

وإذا فارق الرجل المرأة التى عقد عليها عقدا فاسدا أو فرق القاضي بينهما بعد الدخول ثم ولدت بعد هذه المفارقة .

فإن كانت ولادتها لأقل من سنتين من وقت الفرقة ثبت نسبه من الزوج وإن جاءت به بعد سنتين أو أكثر لا يثبت نسبه منه كما هو مذهب الحنفية .

أما على ما عليه العمل ، فإنه يشترط لثبوت النسب الا تزيد المدة بين المفارقة والولادة عن أكثر من سنة شمسية .

وإن زادت فلا تسمع دعوى النسب عند الإنكار .

ثبوت النسب بعد الدخول بالشبهة :

إذا دخل رجل على امرأة بشبهة بأن عقد على امرأة فزفت إليه أخرى وقيل له إنها زوجتك أو طلق الرجل امرأته ثلاثا ، ثم اتصل بها في أثناء العدة معتقدا أنها تحل له ثم جاءت هذه أو تلك بولد فإنه لا يثبت نسبه منه إلا إذا ادعاه وذلك حتى يثبت أنه كان يعتقد الحل أما الإتصال الجنسي بطريق الزنا ، فإن النسب لا يثبت به ، فلو زنا رجل بامرأة وجاءت بولد لا يثبت نسبه منه حتى ولو أتت به بعد مضي ستة أشهر من وقت الزنا لأن الشريعة أهدرت الزنا وأبطلت ما كان عليه أهل الجاهلية من اعتباره سببا للنسب وإذا أقر الرجل أنه إبنه من الزنى وأن يكون الولد مجهول النسب ويولد مثله لمثله .

أما إذا صرح الرجل بأن هذا الولد من الزنا فلا يثبت به النسب لأن ثبوت النسب نعمة والزنا جريمة والجريمة لا تكون سببا في ثبوت النعمة .

الإقــرار بالنســب

كما يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الفاسد ، بالشروط التى سبق أن ذكرنا ، يثبت أيضا بالإقرار ، والإقرار بالنسب يتنوع إلى نوعين :

الأول – إقرار بقرابة ، لا يكون فيها واسطة ، بين المقر والمقر بـه ، وهـي الأبوة والبنوة والأمومة وبعبارة أخرى : إقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير .

الثاني – إقـرار بقرابـة يكـون فيهـا واسطة بين المقر والمقـر لـه كـالأخوة والعمومة وبعبارة أخرى إقرار فيه تحميل النسب على الغير .

وحكم النوع الأول أنه يثبت به النسب ، من غير توقف علـى بيـان سـبب النسب ، من زواج أو غيره ، فإذا أقر شخص بأن هذا الولد إبنـه ثبـت نسـبه منـه وترتب على هذا الإقرار ، جميع ما يترتب علـي النسـب الصحيـح ويشـترط لصحـة الإقرار الذي ليس فيه حمل النسب علي غير المقر أربعة شروط :-

الشرط الأول – أن يكون الولد مجهولا نسبه بمعنى أنه لا يعرف لـه أب إذ لو كان معروفـا لـه أب ، لا يصح الإقـرار ، لأن النسـب متـى تـأكد ثبوتـه مـن شخص لا يقبل الفسخ أو الإنتقال من شخص لآخر .

الشرط الثاني – أن يكون المقر له مما يولد مثله لمثل مـن يقـر بنسـبه فلـو كان المقر له بالبنوة أكبر سنا من المقر كما لو كان ابن عشر سنين والمقر ابـن خمسـة عشر لم يصح إقراره ، لأن الواقع يكذبه .

الشرط الثالث – أن يصادقه الولد المقر له إن كان ممـيزا أهـلا للمصادقـة لأن إقراره يتضمن الدعوى بأن الولـد ابنـه ، والدعـوى لا تثبـت إلا بالمصادقـة مـن المدعى عليه أو البينة من المدعي . وأما إن كان غير مميز فإنه يعتبر مصادقـا تقديـرا لأن الشأن الغالب أنه يصادق على ثبوت نسبه ، لكي لا ينشأ مجهول النسب .

وإذا بلغ وأنكـر هـذا النسـب فـلا يسـمع لأن النسـب متـى ثبـت لا يقبـل الإبطال، من الأب أو الإبن .

الشرط الرابع – ألا يصرح المقر ، بأن الولد إبنه من الزنا فإن صرح في إقراره بذلك لا يثبت النسب منه لأن الزنا كما ذكرنا لا يصلح سببا للنسب .

فإذا توفرت هذه الشروط ، ثبت النسب ، وصار المقر له ابنا للمقر ، ومن ثم تكون له جميع ما للأبناء ، من حقوق على والديهم ومنها النفقة والميراث كما يكون للمقر جميع حقوق الأب على إبنه .

وكما يثبت نسب الولد من الرجل الذي يقر بأبوته يثبت نسبه من المرأة التى تقر بأمومتها له إذا توفرت فيها الشروط التي أوضحناها فيما عدا الشرط الأخير فإنه لا يشترط بالنسبة لإقرار الأم حيث يثبت النسب بإقرار الأم ولو أقرت بأنه إبنها من غير زواج شرعي .

هذا وقد يكون المقر هو الولد نفسه بأن يقر أن أباه فلان أو أمه فلانة وفي كل من هاتين الحالتين لا يثبت نسبه إلا بمصادقة من يدعى نسبه إليه وألا يكون له أب معروف أو أم معروفة وأن يكون ممن يولد مثله لمثل فلان ذلك أو فلانة تلك، هذا إذا كانت المرأة خالية الأزواج وعدتهم .

وأما إذا كانت المرأة ذات زوج ، أو في عدة زواج ومصادقها زوجها كانت هذه المصادقة منه إقرارا بنسب هذا الولد منه فيثبت منه أيضا متى توفرت الشروط المعتبرة .

وإذا لم يصادقها أو أنكر أن هذا الولد منه فيجب لثبوت النسب حينئذ أن تثبت أن هذا الولد قد ولد على فراش الزوجية وحينئذ يثبت منهما جميعا .

وأما حكم الإقرار ، الذي يتضمن حمل النسب على الغير ، كإقرار الرجل لآخر أنه أخوه أو عمه أو إبن عمه فهذا لا يثبت به النسب ممن حمل عليه فلا يكون المقر له بهذا الإقرار ابنا لأبي المقر أو لجده أو لإبنه لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر ، وليس حجة على غيره ، ويعامل المقر بنسب على غيره بإقراره في حق نفسه بحيث لا يكون لهذه المعاملة أثر في حق غيره .

فإذا أقر : بأن فلانا أخوه وكان المقر موسرا والمقر له فقيرا ، عاجزا عن الكسب فرضت عليه نفقة الأخ على أخيه

وإذا مات أبو المقر بالأخوة وترك أولادا منهم هذا المقر ولم يصدقه واحد منهم في إقراره فإن المقر له لا يرثه ولكنه يشارك المقر فيما يرثه من تركة أبيه معاملة له بمقتضى إقراره .

وإذا مات المقر بالأخوة ولم يترك أحدا من الورثة ورثه المقر له وإذا كان له أحد من الورثة ولو من ذوي الأرحام فلا يستحق المقر له شيئا في التركة لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه لغيره .

وإذا صدق من حمل عليه النسب ، بأن صدقه الأب ، في الإقرار بالأخ ، والجد في الإقرار بالعم والإبن في الإقرار بابن الإبن ، ثبت نسبه ، وترتب عليه أثره.

الفرق بين الإقرار والتبني :

ثبوت النسب بواسطة الإقرار إذا توفرت فيه شروطه ، هو أمر آخر غير التبني المعروف في البلاد الغربية وغير التبني الذي يدعو إليه البعض هنا تفريجا لأزمة اللقطاء كما يقولون .

إن النسب الذي يثبت بالإقرار عندنا هو نسب صحيح حقيقي كما عرفنا أما التبني الذي يقره القانون الفرنسي مثلا فهو عقد ينشيء بين شخصين علاقات صورية ومدنية محضة ، لأبوة وبنوة مفترضة ولذلك يكون فيمن له أبوان معروفان فهو يماثل ما كان عند العرب في الجاهلية وقضى عليه الإسلام فقد جاء في القرآن بصدد هؤلاء الأبناء قوله تعالى ﴿ وما جعل أدعياءكم أبناءكم ﴾ ﴿ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ﴾[1]. وإذن فهذا التبني لا يعترف به الإسلام ولا يثبت أبوة ولا بنوة ولا أية علاقة شرعية أخرى بين الرجل المتبني والولد المتبنى وأما الطفل اللقيط فقد عني الفقه الإسلامي بتحديد مركزه وبيان أحكامه ومن هذا الأحكام / أنه إذا ادعاه واحد من الناس ثبت نسبه منه ، لأن ذلك في مصلحته .

---

(1) سورة الأحزاب ، من آيتي رقم (٤،٦).

وهذا ليس معناه ثبوت النسب لكل من يدعى واحداً من هؤلاء اللقطاء بل لا بد من توافر الشروط التى عرفناها فيما سبق .

ثبوت النسب بالبينة :

البينة عبارة عن شهادة رجلين عدلين أو شهادة رجل وامرأتين "عدول" ويثبت بالبينة النسب كما يثبت بالفراش وبالإقرار ، سواء كان النسب المدعى نسبا أصيلا وهو البنوة والأبوة والأمومة ، في الدرجة الأولى ، أو غير ذلك من أنواع القرابة الفرعية كالأخوة والعمومة .

فإذا إدعى شخص على آخر : أنه إبنه أو أبوه أو أخوه أو عمه ، وكانت الدعوى مستوفية شروطها الشرعية وأنكرها المدعى عليه ، وأثبتها المدعي بالبينة وحكم له القاضي بدعواه بناء على البينة ثبت نسبه من المدعى عليه وترتبت عليه كل الحقوق والأحكام المترتبة على قرابة النسب .

ثم إن كانت دعوى النسب بالأبوة أو البنوة حال حياة الأب ، أو الإبن المدعى عليه تسمع الدعوى ولو كانت مجردة من أي حق آخر ، كالإرث والنفقة لأن النسب في هذه الحالة يصح أن يقصد لذاته .

وإن كانت دعوى النسب بما ذكر ، بعد وفاة الابن، أو الاب المدعى الإنتساب إليه أو كانت دعوى النسب بغير البنوة والابوة كالاخوة والعمومة مطلقاً أى سواء كانت الدعوى حال حياة المدعى الإنتساب اليه أو بعد وفاته، فإن الدعوى لا تسمع شرعا إلا فى ضمن دعوى بحق أخر لان النسب حينئذ غير مقصود لذاتة بالدعوى وإنما المقصود بالذات هو ما يترتب عليه من حقوق كالنفقة ، والارث ، فيجب على المدعى أن يدعى بالحق المقصود له بالذات ، وفى ضمنه النسب حتى إذا ما ثبت الحق المدعى قصدا ثبت النسب ضمنا.

الخلاف فى أصل الولادة وتعيين المولود:

إذا اختلف الزوج مع زوجته ، فى الولادة أو المولود ، بأن أدعت الولادة في وقت معين، وانكر هو حدوثها وقال ان ما بيدها ليس مولودا لها وإنما هو لقيط، أو ادعت ان المولود هو ذلك الولد وانكر الزوج كأن قالت مثلا أنها ولدت ابنا وقال الزوج أنك ولدت بنتا.

فللزوجة أن تثبت ما أنكره زوجها من أصل الولادة أو تعيين المولود بشهادة امرأة مسلمة معروفة بالعدالة. لأن الولادة واقعة مادية ، ولا يعاينها في غالب أحوالها إلا القابلات ويقل أن يحضر الرجال أو عدد من النساء الولادة، وإذا اعترف بولادتها لكنه انكر نسبه منه فطريق ذلك هو اللعان ما دامت الزوجية قائمة وإذا كان الاختلاف بين الزوج ومعتدته من طلاق رجعي أو بائن أو بين المعتدة لوفاة زوجها وبين ورثتة فى أصل الولادة فإن الولادة لا تثبت إلا بشهادة كاملة عند أبى حنيفة رجلين، أو رجل وامرأتين لان العدة انتهت باقرارها بوضع الحمل. فيكون القضاء بالولادة وهى أجنبية ودعوى ثبوت نسب اجنبى لا يثبت إلا بشهادة كاملة

وقال أبو يوسف ومحمد ، يثبت النسب بشهادة القابلة ، وشهادة أية امرأة مسلمة عدلة، لان النكاح ، أثاره باقية فى عدة الطلاق والوفاة ووقت الولادة لم تكن اجنبية فهي قد ولدته على فراش النكاح الصحيح، فمن ثم يكتفى بشهادة القابلة كحال قيام الزوجية.ومثل شهادة القابلة ، شهادة الطبيب الذى باشر ولادتها ، إذا كان عدلا.وإذا كان قد سبق إقرار بالحبل ، سواء من الزوج أو من الورثة أو كان الحبل ظاهرا لا سبيل لانكاره فعلى قول أبى حنيفة تثبت الولادة بقولها مع يمينها من غير توقف على شهادة القابلة أو غيرها لان الحمل ثابت بظهوره أو بالاعتراف به، فيثبت ما أفضى إليه وهو الولادة.

وقال أبو يوسف ومحمد لا تثبت الولادة التى انكرها الزوج أو الورثة ولو كان حملها ظاهرا إلا بشهادة القابلة لحصول الانكار.

وإن كان الاختلاف فى المولود لا فى الولادة ، فلا خلاف في [illegible] تكفى شهادة القابلة.

ولاية التربية والحفظ

تمهيد :

تثبت على الولد منذ ولاته حيا أولي أنواع الولاية على النفس وهي : ولاية التربية والحفظ، وتستمر حتى يبلغ سن البلوغ النفسي. وإذن فهي تشمل الإرضاع والحضانة.

وقد كان من رحمة الله، أن احتاط للولد بالزام النظر في أمره حيث حجر على الوالدين في تربية ولدهما وأرشدهما إلى ما يصلحه ويصلحهما فلم يترك أمر الصغير لأهواء الناس ورغباتهم بل نظم شئونه وأمر تربيته وحفظه ورعايته وكل ما يلزمه في حياته من جلب المنافع ودفع الضار، لما به من العجز عن النظر لنفسه والقيام بحوائجه سواء كان في النفس أو في المال.

فجعل سبحانه ولاية تربيته وحفظه لمن هو اشفق عليه وهما الابوان أو من يقوم مقامهما ووزع الاعباء عليهما كل فيما يصلح له ويتناسب مع طبيعته وتحقق به مصلحة الصغير، ومن غير ضرر ولا ضرار **﴿لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾**(1) .

وقد اختلفت مسميات هذه الولاية باختلاف الفقهاء فسميت بالحضانة وبالكفالة، وبمن احق بالولد، إلا أنهم عند تعريف هذه المسميات اتفقوا على أنها التربية والحفظ فلذلك كانت تسميتنا لهذه الولاية بولاية التربية والحفظ تجميعاً للمسميات جميعاً.

وفيما يلي نتكلم عن حكم الإرضاع.

---

(1) آية ٢٣٣ سورة البقرة .

الإرضـــاع

حكم إرضاع الزوجات أولادهن:

الأم أقرب الناس إلى ولدها وأكثرهم شفقة وحناناً عليـه، ولبنهـا أفضـل لـه مما عداه باتفاق الأطباء لما يشتمل عليه من العناصر التي تلائم حال الولد، ويتناسب ودرجات سنه.

والله تعالى، يمد المرأة إذا ولدت باللبن الكافي لتغذيـة مولودهـا وأودع فـي قلبها من الشفقة والحنان ما يحملها على المواظبة والسهر على ارضاعه وعدم التضرر من ذلك لأنه جزؤها وقطعة منها. لهـذا جـاءت النصـوص الشـرعية بـأمر الوالـدت بارضاع أولادهن يقول تعالى: ﴿ والوالدات يرضعـن أولادهـن حولـين كـاملين، لمـن أراد أن يتم الرضاعة﴾[1]

ومن ثم اتفق الفقهاء على أن الرضاع واجـب علـى الأم ديانـة سـواء كـانت متزوجة بأبي الرضيع أم كانت مطلقة فإن امتنعـت عنـه، مـع القـدرة عليـه كـانت مسئولة عن ذلك أمام الله.

أما مسئوليتها قضاء بالزامها الإرضاع جبراً فيختلـف أمـره بحسـب مـا إذا كانت متعينة لارضاعه بمعنى أنه لا يمكن إرضاعه إلا بواسطتها أو لم تكـن متعينـة لارضاعه بأن كان يمكن ارضاعه بواسطة غيرها. فإن تعينـت لارضاعـه فـلا خـلاف بين الفقهاء في أنه يجب عليها ارضاعه ديانة وقضاء وتجبر على ذلـك. وتتعين أم الرضيع لارضاعه بنفسها في ثلاث حالات:

الأولى : إذا لم يكن للولد، ولا لابيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة.

الثانية : إذا لم يجد الاب من ترضعه غيرها.

---

(١) آية ٢٣٣ سورة البقرة.

الثالثة : إذا كان الولد لا يقبل ثدى غيرها(١).

ففى كل حالة من هذه الحالات الثلاث، يجب على الأم أن تقوم بإرضاع ولدها وإذا امتنعت أجبرت عليه حفظا لحياة المولود وصيانة له عن الهلاك(٢).

أما إذا لم تتعين للإرضاع فلا يجب على الزوجة قضاء ارضاع ولدها ولا تجبر عليه إذا امتنعت وعلى الأب أن يسترضع للولد مرضعة أخرى ترضعه.

لأن رضاع الطفل نفقة له ونفقة الطفل واجبة على أبيه فقط فهى حق للولد على أبيه، يجبر عليها وليست حقاً على أمه فلا تجبر عليها قضاء إذا امتنعت.

وفى حالة استرضاع الاب امرأة أخرى فإنه يجب عليه أن يستأجر من ترضعه عند الأم ولا يلزم المرضعة المكث عندها ما لم يكن ذلك مشروطاً بالعقد بل

---

(١) ينبغى تقييد الحالتين: الثانية، والثالثة، بما إذا لم يقبل الولد على الرضاعة الصناعية لأن صناعة الالبن قد تقدمت فى عصرنا هذا إلى درجة انتاج أنواع تماثل أو تقارب لبن الأم فى التركيب وخاصة أن الفقهاء عندما عددوا المواضع التى تجبر الأم فيها الأم عليها بأن ترك الأم ارضاع ولدها فيها يعرضه للهلاك والضياع. واقبال الطفل على الرضاعة الصناعية سوف يحفظ عليه حياته وبالتالى لا يكون عرضة للهلاك. هذا وما ذكرناه من اتفاق الفقهاء، على ان الام تجبر فى الحالات الثلاث المشار إليها هو القول الاصح فى المذهب الحنفى جزم به فى الهداية والخانية والمجتبى، وعليه الفتوى.

غير أن الزيلعى والاتقانى نقلا : أن الام لا تجبر على الارضاع إلا فى حالة واحدة وهى حالة مإذا لم يكن للأب، ولا للولد مال فانها تجبر، وتجعل الأجرة ديناً على الاب وعللا عدم الاجبار بان الطفل يتغذى بالدهن وغيره من المائعات، ومن ثم فترك ارضاعه لا يؤدى إلى ضياعه وهلاكه ثم نقلا أن هذا القول هو ظاهر الرواية لكن صاحب الفتح ذكر أن الأصوب هو القول بالجبر فى الحالات الثلاث لان ارضاع الولد بالمائعات الأخرى يؤدى إلى مرض الولد وهلاكه. وان ما نقله الزيلعى، والاتقانى يتفق وما أشرنا إليه فى الجملة. (انظر البحر الرائق ج٤ ص٢١٩، رد المحتار على الدر المختار ج٢).

(٢)هذا: ويرى الشافعية انه يجب على الام ارضاع ولده "اللباء" بالهمز والقصر وهو : اللبن الذى ينزل عقب الولادة لان النفس لا تعيش بدونه غالباً فلو امتنعت عن ارضاعه فمات فقولان:

أحدهما وهو المعتمد، عدم الضمان لأنه لم يحصل منها فعل يحال عليه سبب الهلاك قياساً على ما لو امسك عن المضطر ولان عدم سقى "اللباء" ليس محققا لموت الولد، ولا كالمحقق فان كثيراً من النساء يمتن عقب ولادتهن ويرضع الولد من غير أمه ويعيش.

والثانى – عليها الضمان، لأنها وان لم يحصل منها اتلاف، لكن امتناعها من سقى ما وجب عليها، منزل منزلة الاتلاف. (انظر نهاية المحتاج وحاشية الشبراملس ج٦ ص٥٢٥).

لها أن ترضعه ثم تعود إلى منزلها فيما يستغنى عنها مـ الزمان أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تعيده إلى أمه، أو تحمل الطفل معها إلى البيت فهي مخيرا بين هذه الأمور مادام المكث عند الأم غير مشروط عليها.

وإذا استأجر الاب المرضعة لمدة شهر فلما انقضى الشهر، أبت أن ترضعه والولد لا يقبل ثدى غيرها أجبرت على ارضاعه وكان ذلك استدامة لحكم الإجارة بعد مضي مدتها كما لو مضت إجارة السفينة وسط البحر.

استحقاق الزوجة أجرة الرضاع:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا قبلت الزوجة أن ترضع ولدها من زوجها بدون أجر أنه يجب عليه تمكينها منه وتسليمه اليها ولا يجوز له أن ينزعه منها إلا بمبرر شرعي، كأن لا يكون لها لبن، أو يكون ولكنه يضر بالولد فيكون على الاب حينئذ أن يسترضع له أخرى، لأنها أكثر الناس حناناً وشفقة على ولدها ولأن لبنها أصلح للمولود وأوفق لحاجياته من لبن غيرها ولأن فيه جمع بين الأم ووليدها فكان في الدفع إليها تحقيق المصالح جميعاً.

كذلك لا خلاف بين فقهاء المذهب الحنفى على أن الزوجة لا تستحق أجراً على الارضاع إذا طلبت أجراً لأنه لو وجبت لها أجرة الرضاع على والد الطفل، لكانت تحصل على نفقتين في آن واحد ولأن زوجها قائم بالانفاق عليها حال الزوجية حتى أن اللبن الذى هو مؤونة الطفل إنما يستحيل لبنا من غذائها الذى يقوم الزوج بكفايته ولأن الارضاع واجب عليها ديانة ولا أجر يستحق على فعل الواجب.

حكم ارضاع المطلقات أولادهن:

إذا كانت الأم مطلقة طلاقاً رجعياً ولا تزال في العدة، فحكمها حكم الزوجة في جميع الاحكام أما إذا كانت مطلقة طلاقاً بائناً فأما أن تتعين لارضاع

الولد أو لا تتعين، فإن تعينت بأن وجدت حالة من الحالات الثلاث السابق الإشارة إليها فى حكم ارضاع الزوجات فإن الارضاع يكون واجباً عليها وتجبر عليه قضاء ولا فرق حينئذ بينها وبين من كانت زوجيتها بأبى الولد قائمة أو مطلقة رجعياً صيانة للولد عن الهلاك.

كما لا خلاف بين الفقهاء فى أنه لا يجب على المطلقة بائناً، إرضاع الولد إذا لم تتعين لارضاعه.

حكم استحقاق المطلقات أجرة الرضاع:

قلنا أن المطلقة رجعياً حكمها حكم الزوجة فى وجوب الرضاع عليها وعدم وجوبه وبالتالى يكون حكمها فى استحقاق الأجرة كحكمها سواء بسواء.

أما من كانت مطلقة طلاقاً بائناً فأما أن تكون منقضية العدة أو لا تزال فى العدة فإن بانت الأم بانقضاء عدتها، فإنه لا خلاف فى أنها تستحق أجرة الرضاع سواء كانت متعينة لارضاع الطفل أو غير متعينة وتكون أحق بارضاع ولدها ما لم تطلب زيادة لقوله تعالى: ﴿**وإن كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن**﴾[1] فإنه تعالى أوجب على الاباء أن يعطوا مطلقاتهم أجرة ارضاعهن ولأن الام فى هذه الحالة لا تجب لها النفقة على الأب لانفصام عرى الزوجية وانقطاع أثارها وفى الزامها بالرضاع بدون أجر مع حاجتها وانقطاع نفقتها ضرر بها وهو لا يجوز.

وإذا طلبت الام أجرة زائدة على ما تأخذه الأجنبية، ولو دون أجر المثل فإنه يقال للأم: إما أن ترضعيه بمثل الاجر الذى ترضعه به الاجنبية وإما أن تسلميه لها.

وإذا طلبت الأم أجراً وكانت الأجنبية متبرعة فان الأجنبية تكون أحق بارضاع الولد، من أمه التى تطلب أجراً ولو كان أجر المثل لأن فى الزام الأب ما

---

(1) آية ٦ سورة الطلاق.

تطلبه الام مع وجود امرأة متبرعة أو تقبل أقل من أجر المثل اضراراً بالأب وقد قال الله تعالى ﴿لا تضار والدة بولدها، ولا مولود له بولده﴾ أى لا يضار الأب بالزيادة على ما تلتمسه الأجنبية ولأنه لا يلزمه التزام المؤونة مع دفع حاجة الولد بدونها ولأنه لا ضرار على الأم لأن المرضعة سوف ترضعه عندها لما أن الحضانة لها وبهذا يمكن الجمع بين الحقين.

وعلى هذه الأجنبية أن ترضعه عند الأم لأن الحضانة حق لها وامتناعها عن الرضاع لا يسقط حقها فى الحضانة.

أما إذا كانت المطلقة بائناً لا تزال فى العدة. ففى ظاهر الرواية عن فقهاء المذهب الحنفى أنها تستحق أجرة الرضاع لأن العلاقة الزوجية قد انقطعت وصارت كالأجنبية.

وروى ابن زياد عن أبى حنيفة أن المطلقة بائناً، إذا كانت فى العدة لا تستحق أجراً على الارضاع لأن النكاح قائم من وجه لقيام العدة ووجوب النفقة لها، والارضاع فى حال قيام النكاح واجب عليها ديانة فإذا قامت به تكون قد قامت بواجب فلا تستحق عليه أجراً كما فى الزوجة والمعتدة من طلاق رجعى.

وقد اختير كل من القولين للفتوى غير أن العمل جار على عدم وجوب أجرة الرضاع حال قيام العدة. هذا، وفى كل موضع تستحق الام فيه أجرة الارضاع تفرض هذه الأجرة فى مال الولد، إن كان له مال، لأن الأصل أن نفقة الإنسان فى مال نفسه صغيراً كان أو كبيراً فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته من أب أو غيره.

وهذه الأجرة تجب بمجرد الارضاع من غير توقف على القضاء ولا على عقد إجارة بينها وبين الاب ومن أجل ذلك فإنه يجوز القضاء بها عن مدة ماضية. على تاريخ رفع الدعوى، وتصبح من الديون الصحيحة التى لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

ويترتب على ذلك: أنها لا تسقط بموت الصغير لأنها أجرة لا نفقة ولا بموت الاب بل تجب لها فى تركته وتشارك غرماؤه فهى كغيرها من أصحاب الديونه.

ومدة الرضاع فى حق الأجرة حولان، تستحق فيهما ولا تستحق ... عنها.

وحكم الصلح كالإستئجار، فلو صالحت زوجها عن أجرة الرضاع على شئ: إن كان الصلح حال قيام النكاح، أو فى عدة الرجعى فإنه لا يجوز وإن كان فى عدة البائن جاز على إحدى الروايتين عن أبى حنيفة ولم يجز على الرواية الأخرى عنه.

الحضانة

تعريف الحضانة[1]:

الحضانة لغة : ضم الولد وتربيته.

الحضانة شرعاً : تربية الولد، لمن له حق الحضانة.

والحضانة من الولاية على النفس، تثبت للحاضن، صيانة للصغير ووقاية له عما يهلكه أو يضره وتتمثل في امساكه وحفظه في مبيته أو في ذهابه وفي مجيئه مع القيام بمصالحه وحاجياته، من: إطعام ولباس وتنظيف لجسده وموضعه ودهنه ومداعبته.

ورحم الله الشافعي إذ يقول: هي مراقبته على اللحظات حتى لا يهلك.

من له حق الحضانة:

المقصود بمن له حق الحضانة، معرفة من له هذا الحق هل هو الصغير أوالحاضن، فإن كان حقاً للصغير وجب على الحاضن القيام بالحضانة قضاء ويجبر عليها إذا امتنع.

وإذا كان حقاً للحاضن فإنه يكون غير واجب عليه القيام بالحضانة قضاء ومن ثم فلا يجبر عليها إذا امتنع وقد اتفق فقهاء الحنفية على أن الأب يجب عليه امساك الولد، وحفظه وصيانته ويجبر على ذلك إذا استغنى عن النساء لأن ذلك حق الصغير عليه.

واختلفوا في وجوب حضانته على الأم ونحوها من النساء في المرحلة التي يكون فيها محتاجاً لخدمة النساء وفي جبرها إذا امتنعت.

---

(١) الحضانة بكسر الحاء وفتحها مصدر الحاضن والحاضنة. وحضان جمع حاضن والمذكر والمؤنث منه سواء والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه.

فذهب بعضهم إلى أن الحضانة حق الحاضنة ومن ثم لا يجب على الأم ونحوها حضانة الولد ولا تجبر عليه إذا امتنعت لأن صاحب الحق لا يجبر على استيفائه.

وذهب بعضهم إلى أن الحضانة حق المحضون ومن ثم يجب على الأم ونحوها حضانة الولد وتجبر على القيام بها.

لكن المحققين من فقهاء المذهب يرون أن الراجح فيمن له حق الحضانة الذى ينبغي أن يكون عليه الحكم والقضاء هو أن الحضانة حق للحاضن والمحضون جميعاً وبهذا القول يمكن التوفيق بين القولين المتقابلين ويؤيده ما جاء في بعض الكتب المعتمدة من أن الحضانة حق للحاضن والمحضون وما أفتي به بعض المفتين من فقهاء المذهب ورجح به أن الحضانة حق للحاضن والمحضون وأن حق المحضون أقوى من حق الحاضن.

وتبعاً لذلك يكون القول بان حق الحضانة للحاضنة فلا تجبر محمول على ما إذا لم تتعين لها لأن المحضون حينئذ لا يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها، ويكون القول بأنها حق المحضون فتجبر محمول على ما إذا تعينت للحضانة لعدم وجود من يحضن غيرها.

وقد أكد هذا المعنى كل من صاحبي رد المحتار والفتح فنصا على أن الحاضنة إذا لم توجد غيرها أجبرت بلا خلاف، وإذا وجد غيرها لم تجبر بلا خلاف.

وبناء على ذلك إذا تعينت الأم أو غيرها لحضانة الصغير بأن كان لا يوجد سواها من ذوى الرحم المحرم أو كان يوجد من يليها فى الإستحقاق، ولكنه يرغب عنها أو أن مصلحة الصغير لا تقتضيه، أو لم يكن للولد مال ولا أب له ولم توجد من تتبرع بحضانته من ذوات الرحم المحرم أجبرت على الحضانة.

أما إذا لم تتعين على هذا النحو فإن وجد غيرها، ممن تتوفر فيه شروط الحضانة فإنه يكون عندها لان فيه رعاية لمصلحة المحضون إذ سوف يكون فى حضانة من هو أهل لها.

ومما يترتب على القول بأن الحضانة حق للحاضن والمحضون أن الحاضنة إذا تنازلت عن حقها ورضى من يليها فى استحقاق الحضانة بالحضانة ثم عنّ لها بعد ذلك، أن تطالب بها فلها ذلك وتجاب إلى طلبها ولو كان قد سبق حكم باسقاط الحضانة إلى غيرها ما دامت أهلاً لها لأنه إذا بطل حقها فى استحقاق الحضانة بتنازلها يبقى حق الولد فى أن تحضنه من هى أقرب إليه ويكون إبطالها حقها من قبيل التزام ما لا يلزم ولها حق الرجوع فيه على أنها لا تملك هذا التنازل لأن كون الولد فى يدها لم يقصد به مصلحتها الذاتية وانما روعى فيه مصلحة الصغير نفسه فتنازلها عن شئ لا تملكه يعتبر ضرباً من اللغو.

ولو اختلعت الأم مع زوجها على أن تترك له الولد نظير هذا الخلع، صح الخلع، وبطل الشرط فلها أن تطلب حضانة ولدها بعد ذلك لأن الحضانة حق الولد كما هى حق الأم فلا تملك الأم إسقاط حقه مادام محتاجاً إليها.

وحاجة الولد فى الحضانة إلى أمه بخصوصها لا تكون إلا إذا تعينت للحضانة حتى لا يضيع الولد.

ترتيب أصحاب الحق فى الحضانة :

يثبت حق الحضانة للرجال والنساء، على ما هو أنفع للمحضون وأصلح، إلا أن النساء بها أليق لأنهن أبصر وأقوم على حفظ الصغار من الرجال لزيادة شفقتهن وملازمتهن للبيوت.

وقبل بيان أقوال الفقهاء فى ترتيب المستحقين للحضانة نشير إلى أنه مما لا خلاف فيه بينهم أن للأب ومن يقوم مقامه من الرجال إذا لم يكن الولد فى حضانته حق تعهده عند حاضنته، بالاشراف على عمل الحاضنة وبالنظر فى شأن المحضون : من تأديب وبعث إلى التعليم المناسب ونحو ذلك لأن نفقته وصيانته واجبة عليه بالاجماع.

كذلك أجمع الفقهاء على أن الأم إذا كانت قد توفرت لها أهلية الحضانة أنها تكون أحق بامساك الولد وتربيته من الأب، ومن غيره حال قيام الزوجية، وحال انقضائها لحكم للرسول ﷺ [1]وإجماع الصحابة[2].

ولأن الأم أقرب إلى وليدها وأشفق عليه ولا يشاركها في القرب إلا أبوه وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه، وإنما يدفعه إلى امرأته أو أجنبية وأمه أولى من امرأة أبيه الأجنبية ومن أجنبية.

وإذا لم توجد الأم أو وجدت ولم تكن أهلاً للحضانة انتقل حق الحضانة إلى من يليها من النساء وقد اختلف الفقهاء في ترتيبهن اختلافاً واسعاً ونكتفي هنا في ترتيب المستحقات بعد الأم، على المذهب الحنفي الذى هو القانون الواجب التطبيق.

والمستحقون للحضانة في المذهب الحنفي يختلفون باختلاف سن المحضون فقبل استغناء الصغير عن خدمة النساء يكون الاحق بالحضانة عندهم: النساء المحارم على أن يراعى أن قرابة الأم مقدمة دائماً، على قرابة الأب والجد.

فإن لم يوجد للصغير محرم من النساء انتقل الحق إلى محارمه من الرجال العصبة فإن لم يوجد له محرم عاصب انتقل حق الحضانة إلى محارمه من الرجال غير العصبة فإن لم يوجدوا انتقلت الحضانة إلى من يثق به القاضي رجلا أو امرأة.

---

(1) أخرج : أحمد وأبو داود، وصححه الحاكم عن عبد الله بن عمرو بن العاص، ان امرأة قالت: يا رسول الله، أن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء وثديي له سقاء وان اباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ : ﴿ أنت أحق به ما لم تنكحي﴾ فقد دل هذا الحديث على أن الأم احق بحضانة ولدها إذا أراد الاب انتزاعه منها وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضي استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها وأقرها ﷺ على ذلك وحكم لها.

(2) روى أبي شيبة، وعبد الرازق في مصنفيهما، ومالك في الموطأ " أن عمر بن الخطاب. طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فاراد ان يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلق إلى أبي بكر . فقال له أبو بكر: يا عمر مسحها وحجرها وريحها خير له منك، حتى يشب الصغير فيختار لنفسه وقد كانت مقالة أبي بكر لعمر رضي الله عنهما بمحضر من الصحابة و لم ينكر عليه أحد . فكان اجماعاً

وإذن فالحضانة في المذهب الحنفي في الفترة الأولى من عمر الولد، تكون:

أولاً: للنساء المحارم.

ثانياً: للرجال المحارم من العصبات.

ثالثاً: للمحارم من غير العصبات.

رابعاً: لمن يثق به القاضي.

أما بعد استغناء الولد عن خدمة النساء فتكون حضانته للعصبة المحارم من الرجال، وفيما يلي بيان ترتيب كل صنف من هذه الأصناف.

أولاً: ترتيب النساء:

(١) الأم ، للإجماع.

(٢) أم الأم، أى الجدة لأم، وإن علت، لأن هذه الولاية مستفادة من قبل الأمهات فكانت أولى من غيرها.

(٣) أم الأب وإن علت لأنها أم في نفسها كأم الأم، والأم مقدمة على غيرها في الحضانة والقربى من الجدات لأم أو لا تحجب البعدى فلا حق للبعدى عن أهلية القربى.

(٤) أخوات المحضون وتقدم منهن الشقيقة على من كانت لأم أو لأب لأن الشفقة بالقرابة وذو القرابتين أشفق فكان بالحضانة أولى وأحق، ثم من كانت لأم على من كانت لأب لأن ثبوت هذا الحق بقرابة الأم ثم من كانت لأب لأنها أخت لها شفقة وأقرب من غيرها مما بعدها.

(٥) بنات الأخوات الشقيقات أو لأم وتقدم بنات الأخوات الشقيقات على بنات الأخوات لأم.

(٦) الخالات تلى مرتبتهن مرتبة بنات الأخوات الشقيقات أو لأم وتقدم التى لأم على الخالة لأب.

وكانت مرتبة الخالات تالية لمراتب الأخـوات مطلقـاً، وبنـات الأخـوات الشقيقات أو لأم لأن الأخت الشقيقة بنت الأبويـن، ولأم بنـت الأم، ولأب بنـــــــــــــت الأب.

ولأن بنت الأخت الشقيقة من ولد الأبوين وبنت الأخت لأم مـن ولـد الأم، فكن لذلك جميعاً أقرب من الخالات لأنهن بنات الجد.

والحضانة مدارهـا الشـفقة وقـرب القرابـة هـو مظنـة هـذه الشـفقة والشـفقة مراتب، تعرف بدرجة القرابة فأعلاها قرابة الأم وأدناها قرابة العمة لأب.

(٧) بنات الأخوات لأب، لأن شفقتهن دون شفقة بنات الأخوات لأم.

(٨) بنات الأخوة، تقدم منهـن الشـقيقة ثـم مـن كـانت لأم، ثم كـانت لأب، وكانت مرتبتهن تالية لمرتبة بنات الأخوات، لأن الأخـوات لهـن حـق فـي الحضانة دون الأخ فكان المدلى بهن أولى.

(٩) العمات، يلين بنات الأخ لأنهن وإن اشتركن في الادلاء للمحضون بالذكر، إلا أن بنـت الأخ أقـرب لأنهـا ولـد الأب والعمـة ولـد الجـــد.

وكانت الخالات أولى من العمـات وإن تسـاوين فـي القـرب، لأن الخـالات يدلين بقرابة الأم فكن أشفق. وتقدم من العمـات العمـة الشـقيقة ثـم لأم ثـم لأب.

(١٠) خالة الأم، وتقدم الشقيقة ثم لأم ثم لأب.

(١١) خالة الأب، الشقيقة ، ثم لأم ، ثم لأب.

(١٢) عمة الأم، الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب.

(١٣) عمة الأب، الشقيقة، ثم لأم ، ثم لأب.

وهذا آخر الدرج في استحقاق النساء المحارم للحضانة، وأما بنات الأعمـام وبنات العمات وبنات الأخوال وبنات الخالات فلا حق لهـن فـي الحضانـة لأنهـن غير محرم.

ثانياً : ترتيب المحارم من العصبات:

إذا لم يوجد من النساء محرم للصغير انتقل حق حضانته إلى المحارم من العصبات والترتيب بينهم كالترتيب في باب الميراث وولاية النكاح.

وعلى ذلك، فإن أولى المحارم من العصبات استحقاقاً للحضانة هو : الأب، ثم الجد لأبوان علا، ثم الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب وإن نزل ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم إن كان المحضون غلاماً فان كانت أنثى لم يكن له الحق في طلب الحضانة سواء كانت المحضونة مشتهاة أو غير مشتهاة لأنه رحم غير محرم فلا يؤمن منه أن يطمع فيها فلهذا لا يكون له أن يضمها وان كانت ولاية التزويج له، باعتبار العصوبة.

وإذا تساوى من لهم الحق في الحضانة كأخوة أشقاء، وطلب كل منهم ضم الصغير إليه فيقدم أصلحهم ديناً وورعاً، لأنه انفع للمحضون إذ هو يتخلق بأخلاقه.

فإن تساووا في التفضيل فأكبرهم سناً، لأن حقه أسبق ثبوتاً فعند التعارض يترجح به.

ثالثاً : ترتيب المحارم من غير العصبة:

إذا لم يوجد للولد أحد من أهل المرتبة الثانية انتقل حق الحضانة إلى المحارم من غير العصبة على الترتيب التالي: الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم لأم ثم الخال الشقيق ثم لأب ثم لأم ولا حق لابن العمة والخالة والخال في الحضانة كما لا حق لبنت العمة والخالة والخال وسواء كان المحضون ذكراً أو أنثى لأن شرط ثبوت ولاية الحضانة للأقارب غير العصبة المحرمية وولد العمة ونحوه وإن كان قريباً إلا أنه غير محرم للمحضون فلا تثبت له هذه الولاية.

رابعا : من يثق به القاضى:

إذا لم يوجد أحد من الأصناف المتقدمة فإن أمر الصغير أو الصغيرة يكون مفوضاً إلى القاضى يسلمه لمن شاء بحيث يثق به ويعتقد أنه يقوم بمصالح الصغيرة ولو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة كابن العم بالنسبة لبنت عمه وبنت العم بالنسبة إلى ابن عمها لأن الولاية له فيراعى الأصلح(١).

شروط الحضانة

ولاية الحضانة ثبتت على الولد لحفظه والبعد به عن المخاطر والمهالك حتى يبقى النوع الإنسانى إلى الوقت المقدر فى علم الله تعالى، وثبتت أيضاً لتربيته تربية قويمة حتى يشب على الحادة المستقيمة ولما كان الحفظ والتربية يقومان على القدرة على القيام بمصالح المحضون وعلى القدوة الصالحة والأسوة الحسنة اشترط الشارع فيمن يتولى هذه الولاية الخطيرة شروطاً كثيرة، لم تعهد فى غيرها من سائر الولايات، وذلك لما لها من أثر بالغ الأهمية فى حياة الولد فإنه يتوصل بها فى مستقبل أيامه إلى حياة حرة كريمة مستقلة يعتمد بعد تجاوزها على نفسه ويكون لبنة صالحة فى بناء مجتمعه ورقيه وهذه الشروط بعضها عام يجب توافره فى كل من يقوم بالحضانة سواء كان من الرجال أو النساء وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من النساء وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من الرجال. وفى جميع الأحوال: الأب والأم كسائر الحواضن.

وفيما يلى بيان هذه الشروط

يشترط فى الحاضن رجلاً أو امرأة.

أولاً : أن يكون بالغاً فلا حضانة لصغير أو صغيرة.

---

(١) هذا وقد صاغ القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى الفقرة الخامسة وما بعدها من المادة ٢٠ من هذه الأحكام المشار إليها فى ترتيب أصحاب الحق فى الحضانة بما لا مزيد عليه.

ثانياً : أن يكون عاقلاً فلا حضانة لمجنون أو معتوه .

والدليل على هذين الشرطين : أن كلا من الصغير والمجنون والمعتوه في حاجة إلى من يحضنه ويقوم بشئونه فمن باب أولى لا يحضن غيره ولا يقوم على شئونه. ولأن الحضانة ولاية ولا ولاية لكل على نفسه فمن باب أولى لا ولاية له على غيره.

ثالثاً : أن يكون قادراً على حفظ المحضون فلا حضانة لعاجز عنها كالأعمى[1]. والأصم والأخرس ومن أعجزه كبر سنه أو دوام مرضه. لأن الطفل في حركاته وسكناته لو لم يكن ملحوظاً من مراقب لا يسهو ولا يغفل عنه لأوشك أن يهلك.

والأعمى أو الأصم أو نحوهما : لا تتأتى منه المراقبة والملاحظة بالمعنى المذكور لأنه إما مشغول بنفسه كالمريض مرضاً دائماً وإما لا سبيل له لتلبية طلبات المحضون ومراقبة أمره، كالأعمى ونحوه.

رابعاً : <u>أن يكون أميناً ويتمثل شرط الأمانة فيما يأتي :</u>

١- أن لا يكون الحاضن فاسقاً لان الفاسق غير أمين على نفسه فلا يصح أن يكون أميناً على غيره ولأنه لاحظ للولد في حضانته لأنه ينشأ على طريقته.

وقد ضرب الفقهاء أمثلة للفسق الذى يجعل الحاضن غير أمين ومما قالوه أن يكون شريباً أو مشتهراً بزنا أو لهو محرم أو يكون سارقاً.

وتقدير الفسق الذى يضع به الولد والذى لا يضيع به متروك أمره للقاضى وهو فى كل حالة تعرض عليه يتحرى الوقائع ويحكم فى الأمر المعروض عليه بالحضانة أو بعدمها تبعاً لما يراه من تحقق الفسق الذى يضيع به الولد والذى لا يضيع به.

٢- أن لا يكون الحاضن مهملاً فلا حضانة لمن يهمل الطفل كمن ينشغل عنه بالخروج فى كل وقت ويتركه ضائعاً لأنه يكون غير أمين عليه والطفل فى

---

(١) فى الأشباه والنظائر لابن نجيم : ان الأعمى ان امكنه حفظ المحضون كان أهلاً وإلا فلا.

يده فى حكم الأمانة ومضيع الأمانة لا يستأمن[١].

فضلاً عن أن كثرة الخروج تفوت المقصود من الحضانة أو تجعل المحضون عرضة للضياع والهلاك.

وسواء كانت كثرة الخروج لمعصية أو طلباً للكسب وتحصيلاً للقوت مادام يترتب عليها ضياع المحضون. ومقتضى التعليل بضياع المحضون أن الحاضنة إذا كانت تخرج من المنزل لأداء عمل مشروع تحصيلاً للكسب وطلباً للقوت كالمدرسة أو الطبيبة أو المرضة أو نحوهن لا تسلب عنها ولاية الحضانة إذا لم يترتب على خروجهن لاداء أعمالهن ضياع الولد. وذلك كأن تتركه فى مكان أمين وتقيم عليه من يؤتمن عليه حتى تعود لأن العمل قد يتعين لكسب العيش ولا يستغرق فى العادة إلا جزءاً من النهار دون الليل، وفى مكنة من تقوم به أن توفق بين عملها خارج مسكن الحضانة وبين واجباتها كحاضنة.

٣- أن يكون الحاضن، مقيما بالولد فى مكان مأمون لأن الاقامة بالمحضون فى مكان غير أمين ومخوف منه على نفس الصغير أو ماله تعريض بالولد للضياع ولماله بالسرقة وذلك يعتبر اهمالا فى أخص شأن من شئون الحضانة وهو : الحفظ.

ومن صور عدم أمان المسكن اقامة الحاضن بالولد، فى بيت المبغض له ولو كان قريباً له فإذا تزوجت الأم بأجنبى مثلاً وسقط حقها فى الحضانة وانتقلت الحضانة إلى أمها فإن أقامت به مع زوج ابنتها كان للأب أن يأخذه منها لأن إقامة الحاضن عند المبغض له يعرضه للأذى والضياع.

---

(١) ذهب بعض الفقهاء : أن الحاضن لو اشتغل بالصلاة كأن يكون صالحاً كثير الصلاة قد استولى عليه محبة الله تعالى وخوفه حتى شغله عن الولد ولزم ضياعه انتزع منه.

خامساً : **ألا يكون الحاضن مرتداً:**

لأنه لا حضانة للمرتد رجلا أو امرأة لأن الرجل مستحق للقتل والمرأة مستحقة للحبس.

سادساً : **اتحاد الديانة:**

لا خلاف بين فقهاء المذهب الحنفي على أنه إذا بلغ المحضون حدا يخاف عندها أن يألف غير الإسلام[1]، أو يعقل الأديان[2]. أن يكون الحاضن له متحداً معه في الدين رجلاً كان الحاضن أو امرأة بعدا بالمحضون من الوقوع في الفتنة.

أما إذا كان المحضون صغيراً لا يعقل الأديان ولا يخاف فعليه أن يألف غير الإسلام فلا يخلوا الأمر من أن يكون الحاضن رجلاً أو امرأة.

فإن كان رجلاً فلا خلاف في أنه يشترط لثبوت حضانته أن يكون متحداً في الدين مع المحضون لأن الحضانة ولاية على النفس سبيلها العصوبة والتوارث واختلاف الديانة قاطع للولاية بين المسلم وغيره.

وعلى هذا فحضانة الرجل مشروطة دائما بكونه متحداً في الديانة مع المحضون أما إذا كان الحاضن امرأة فإنه لا يشترط في ثبوت حضانتها لولدها الصغير الذى لا يعقل الأديان ولا يخاف عليه أن يألف غير الإسلام أن تكون متحدة في الدين معه على ما ذهب إليه الحنفية لأن مناط الحضانة هو الشفقة وهي متوافرة بالفطرة ولا تختلف باختلاف الدين ومن لا عقل له لا يميز بين دين ودين، ومن ثم فلا يكون في بقائه معها خوف عليه من الوقوع في الفتنة.

فإذا عقل وخيف عليه من إيلاف غير الإسلام نزع منها لأن بقاءه في يدها عندئذ يكون اضراراً به.

---

(١) كأن تأخذ الحاضنة غير المسلمة ولدها المسلم إلى معابدها أو كان تغذية بلحم الخنزير أو تسقيه الخمر وان لم يعقل دينا.

(٢) وقد جعلوا بلوغ سن السابعة حد لعقل الصغير الأديان لصحة اسلامه حينئذ.

سابعاً : **إذا كانت الحاضن امرأة فيشترط فيها:**

ألا تتزوج بغير ذى رحم محرم من الصغير[1]، فإن تزوجت بغير ذى رحم محرم من الصغير أى بأجنبى سقط حقها فى الحضانة، لما رواه أحمد وغيره أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه منى، فقال: "أنت أحق به ما لم تنكحى". فهذا الحديث صريح فى أن الأم أحق بحضانة الولد من الأب، إذا لم تتزوج فإذا تزوجت سقطت حضانتها ولأن حق الحضانة ثبت نظراً للصغير وقد فات بزواج الحاضنة بأجنبى عنه، لأن شأن الأجنبى أن يبغضه ويتمنى موته لأنه يراه غريمه فى حب زوجته، فيعطيه لذلك نذرا وينظر إليه شذراً وذلك يلحقه الجفاء والمذلة ويربى فيه الخنوع والإستكانة.

وفى ذلك من الضرر بالصغير وبالجماعة التى ينتمى إليها، مالا يخفى. وهذا بخلاف ما إذا تزوجت الحاضنة بذى رحم محرم من الصغير لأنه لما له من الشفقة الباعثة على نفع المحضون ورعاية أمره سوف يتعاون مع أمه على كفالته وتربيته على أحسن الوجوه لأنه يشاركها فى القرابة والشفقة عليه فاشبه الأم إذا كانت متزوجة بالأب ومن ثم سوف لا يشعر الولد فى كفالته بأنه غريب عنه.

ثامناً : إذا كان الحاضن رجلاً فيشترط فيه فضلاً عما سبق ذكره أن يكون محرماً للمحضون إذا كان أنثى وعلى هذا لا يكون للرجل الحق فى حضانة ابنة عمه لأنه ليس محرما لها سدا لذريعة الفساد والفتنة.

بيد أنه وكما سبق أن ذكرنا إذا انتقلت الحضانة إلى القاضى لعدم وجود حاضن من النساء أو الرجال ذوى الرحم المحرم جاز له أن يعهد بها إلى ابن عمها إذا كان مأموناً عليها ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده.

---

[1] العبرة فى الرحم المحرم أن يكون من جهة النسب، فلو كان من جهة الرضاع كالعم رضاعا فلا عبرة به ويكون شأنه شأن الأجنبى.

هذه هى شروط الحاضن كما هى فى المذهب الحنفى فإذا توفرت فى شخص ثبتت له الحضانة إذا كان ترتيب المستحقين للحضانة قد انتهى إليه ومتى ثبت له ثم سقطت عنه لعذر أو لغير عذر وانتقلت الحضانة إلى من يليه فى المرتبة ثم زال عذره أو من له أن يطالب بها فإن له فى جميع الأحوال حق المطالبة بعودتها إليه ثانية لأن الحضانة لا تسقط بالاسقاط وانما تمنع بموانعها وتعود بزوالها.

ولأن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة فإذا اسقطت الحاضنة حقها بقى حق المحضون فى أن تحضنه من هى أقرب.

وتعود الحضانة بمجرد زوال المانع أو طلبها إلا من كانت قد امتنعت حضانتها بالتزويج وكان طلاقها رجعياً فإن حقها لا يعود إليها إلا إذا انقضت عدتها.

أجرة الحضانة

الحاضنة إما أن تكون أما وإما أن تكون غيرها من سائر الحاضنات.

فإن كانت أما وكانت زوجيتها بأبى المحضون قائمة، أو كانت معتدة له من طلاق رجعى أو بائن فلا تستحق أجرة على الحضانة ، لأن النفقة ثابتة لها فلا تجمع بين النفقة والأجرة.

فإذا انقضت العدة استحقت أجرة الحضانة لأن نفقة الولد لما وجبت فى ماله، إن كان له مال وإلا فعلى من تجب عليه نفقته كان من حملتها، الانفاق على حاضنته التى حبست نفسها لأجله عن التزويج فضلاً عن أن الأب، غير قائم بالانفاق عليها.

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم، فإنها تستحق الأجرة، لأن المعنى الذى أوجب الأجرة للأم فى حال عدم قيام النكاح وهو أن الأب لا يقوم بالانفاق عليها فى غير الأم.

وأجرة الحضانة غير أجرة الارضاع، وغير نفقة المحضون وعلى هذا فتجب على الأب ثلاث: أجرة الرضاع وأجرة الحضانة ونفقة الولد.

ولما كانت أجرة الحضانة فـى نظير عمل تقوم بـه الحاضنـة وهـو خدمـة الصغير وتربيته فإن الحاضنة تستحقها من وقت قيامها بها ومـن غـير توقـف علـى قضاء القاضى وتكون ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء، أو الإبراء.

أجرتا خادم للمحضون، ومسكن للحاضنة :

١- أجرة الخادم:

لا خلاف بين فقهاء المذهب الحنفى على أن الصغـير إذا كـان محتاجـاً إلى خادم أنه يفرض على أبيه أجرة خادم، لأنه يكون من كفايته كالنفقة والكسوة.

٢- أجرة المسكن:

أما أجرة المسكن الذى تحضن فيـه الحاضنـة الصغير فـإن كـان للحاضنـة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعاً لها فلا خلاف فـى أنـه لا تفـرض لها أجرة مسكن لأن الولد ليس محتاجاً إليه.

وأما إذا لم يكن للحاضنة مسكن فالراجح فى المذهب أنه يجب علـى الأب أجرة المسكن. لأن وجوب أجرة المسكن ليس مبنياً على وجوب الأجر على الحضانـة بل على وجوب نفقة الولد فقد تكون الحاضنة لا مسكن لهـا أصـلا بـل تسـكن عنـد غيرها ففى هذه الحالة يفرض لها أجرة مسكن تحضن فيه الصغير لأن أجرة المسكن من النفقة والنفقة واجبة على الأب.

مسكن الحضانة في ظل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥[١]:

أضاف القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المادة ١٨ مكرر ثالثاً استحدث فيها حكماً جديداً بشأن مسكن الحضانة، حيث نص في هذه المادة على أنه : على الزوج المطلق أن يهئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء العدة.

ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها.

فإذا انتهت مدة الحضانة فاللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها.

هذا هو نص المادة ١٨ مكرر ثالثاً، وطبقاً لما ورد بها، فإنه أصبح من حق الحاضنة أن تستقل بمسكن الزوجية، إذا توافرت الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن تكون المطلقة حاضنة، أى لها من زوجها المطلق أولاد صغار في مرحلة الحضانة، أو أن تكون الحضانة قد آلت إليها بعد سقوطها عن الأم، وأن تتوفر فيها شروط الحضانة التي سبق أن ذكرناها، فإذا لم تكن حاضنة أولم تتوفر فيها شروط الحضانة، فلا يكون من حقها الاستقلال بمسكن الزوجية.

---

(١) المقصود بمسكن الزوجية في هذا المقام : المكان الذي كان يقيم فيه الزوجان وأولادهما إقامة معتادة وقت الطلاق.

الشرط الثاني: أن تكون مدة الحضانة الزامية، وهي المدة التي تنتهي ببلوغ الولد العاشرة من عمره والبنت الثانية عشرة، وبعد بلوغ المحضون هذه السن يسقط حق الحاضنة في شغل مسكن الزوجية ويعود للزوج المطلق حقه في الانتفاع بالمسكن مادام له حق الاحتفاظ به قانوناً.

أما الإذن ببقاء الولد حتى سن الخامسة عشرة والبنت حتى تتزوج، فهو أمر جوازي للقاضي لا يرتب للحاضنة حقاً في شغل مسكن الزوجية، ويكون عليها حينئذ أن تسكن الأولاد معها من مالهم ان كان أو من مال من تجب عليه نفقتهم على أن تكون هذه النفقة شاملة للطعام والكساء والسكنى، ذلك لأن هذه المدة وكما تقول محكمة النقض في الطعن رقم ٦ لسنة ٦٢ق الصادر بتاريخ ١٩٩٥/١١/١٣، لم ترد في نص المادة الثامنة عشرة مكرر ثالثاً، حداً لمدة حضانة النساء ولا تعتبر امتداداً لها، وإنما هي مدة استبقاء بعد أن أصبح في مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء، سواء تم هذا الاستبقاء باذن القاضي أو برضاء ذوي الشأن.

الشرط الثالث: ألا يكون الزوج المطلق، قد أعد لها ولمحضونها المسكن المستقل المناسب خلال مدة العدة، إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً وألا يكون قد هيأ لها ولمحضونها المسكن المستقل المناسب خلال مدة العدة أو بعدها إذا كان منزل الزوجية غير مؤجر، بأن كان مملوكاً للمطلق، أو حائزاً له بسبب آخر غير الإيجار.

وعلى ذلك، إذا كان المطلق قد هيأ لها و لمحضونها مسكناً آخر مناسباً غير مسكن الزوجية، خلال فترة العدة، إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً، أو بعد انقضاء العدة إذا كان غير مؤجر، فلا يكون من حقها الاستقلال بمسكن الزوجية في الحالين، ويكون من حق المطلق الاحتفاظ به.

الشرط الرابع: ألا ترضى بأن يقدر لها القاضي أجر مسكن مناسب، أما إذا رضيت حين يخيرها القاضي بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين فرض أجر مسكن مناسب لها وللمحضون، فلا يكون من حقها الاحتفاظ بمسكن الزوجية.

هذا ومما ينبغي ملاحظته، أن استقلال المطلقة وصغارها بمسكن الزوجية كما أوردته المادة ١٨ مكرر ثالثاً، جاء مطلقاً غير مقيد بكون الصغار لهم مال أو ليس لهم مال، ويكون الحاضنة لها مسكن خاص تسكن فيه أو ليس لها مسكن خاص، فالمطلق في جميع الأحوال يجب عليه أن يتخلى عن مسكن الزوجية، سواء أكان للصغار مال أو ليس لهم مال، وسواء أكان للحاضنة سكن خاص أو ليس لها سكن خاص، مادامت لم ترض بفرض أجر مسكن مناسب، ومادام المطلق لم يعد المسكن المناسب خلال مدة العدة إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً، أو خلال مدة العدة أوبعدها إذا كان غير مؤجر، وقد استمر العمل على هذا الوضع باعتباره القانون الواجب التطبيق، إلى أن أصدرت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٦ من يناير سنة ١٩٩٦ حكمها رقم ٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" بعدم دستورية المادة ١٨ مكرر ثالثاً المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، وذلك فيما نصت عليه وتضمنته من:

أولاً: الزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفي لسكناهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجراً كان أم غير مؤجر.

ثانياً: تقييدها حق المطلق إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً، بأن يكون إعداده مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقته وحاضنتهم، واقعاً خلال فترة زمنية لا يتعداها نهايتها عدة مطلقته.

ويستفاد من منطوق حكم المحكمة الدستورية وحيثياته، أن اختصاص المطلقة وصغارها بمسكن الزوجية أصبح يقيدا بعد صدور هذا الحكم بثلاثة قيود:

القيد الأول: عدم إعداد المطلق السكن المناسب للمطلقة وصغارها.

أما إذا أعد لها ولصغارها السكن المناسب، فلا يكون لها الحق في الإحتفاظ بسكن الزوجية على ألا يتقيد إعداد المطلق لهذا السكن بزمن محدد، يستوى في ذلك أن يكون سكن الزوجية مؤجراً أو غير مؤجر، لأنه وكما تقول المحكمة الدستورية: إن

حق الصغار وحاضنتهم ليس متعلقاً بعين المكان الذى كان يظلهم مع أبويهم قبل الطلاق، بل يقوم حقهم منحصراً فى مكان يهجعون إليه يكون مناسباً شرعاً لأمثالهم، فلا يكون إعداده مقيداً بزمن معين.

القيد الثاني: عدم ملكية الصغار مالا حاضراً يدبرون منه سكناهم، لأنه إذا كان للمحضون مال، فلا حق للمطلقة فى الاحتفاظ بشقة الزوجية، لأن المقرر شرعاً، أن الإنسان نفقته في ماله، ومادام للصغار مال فتظل نفقتهم فى أموالهم بقدر كفايتهم.

القيد الثالث: عدم وجود مسكن خاص لحاضنة الصغار تقيم فيه ويأوى الصغار تبعاً لها، مؤجراً كان هذا المسكن أو غير مؤجر، ذلك لأن حق الصغار فى السكن حينئذ ينتقل من مسكن أبيهم إلى مسكن حاضنتهم، أيا كان شكل العلاقة القانونية التى ترتبط بها فى شأن هذه العين، ودون إخلال بحقها فى أن تقتضى لها وللصغار أجر مسكن مناسب باعتباره من مؤونتهم.

هذا وما تضمنته المادة ١٨ مكرر ثالثاً ونصت عليه فيما عدا ذلك فهو باق على حاله، وهو ما نصت عليه فى الفقرتين ٤، ٥.

حيث أن الفقرة الرابعة تعطى للمطلق الحق فى عودته بعد انتهاء حضانة صغاره إلى مسكن الزوجية إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً، وهو ما يتمخض لمصلحته.

أما الفقرة الخامسة والأخيرة، فهى لا تفصل فى موضوع الحقوق المدعى بها أمام المحكمة الدستورية، ولكن فى منازعات الحيازة التى يكون مسكن الزوجية مدارها ليكون قرار النيابة فى شأنها وقتياً فاصلاً فيما يستبين لها من أوضاع الحيازة على ضوء ظاهر الأمر فيها، وهو ما تراجعها فيه المحكمة ذات الاختصاص للفصل فى ثبوت الحيازة لأحد الطرفين المتنازعين، دون إخلال بأصل الحق المراد بينهما.

التبرع بالحضانة

إذا تبرعت الحاضنة التى ثبت لها حق الحضانة كانت أحق بحضانة الولد ولو وجدت متبرعة مثلها، لأنها أقرب وفى بقاء المحضون بيدها نفع له، لأن الشفقة بقرب القرابة وبعدها أما إذا امتنعت عن حضانته إلا بأجر ووجدت متبرعة بالحضانة فلا يخلو الأمر من أن تكون المتبرعة أجنبية عن الولد أو لا وعلى كل حال فإما أن يكون الأب معسراً أو لا وفى كل إما أن يكون للولد مال، أو لا .

فإن كانت المتبرعة أجنبية عن الولد بأن كانت من غير أهل الحضانة كمن لا قرابة بينها وبين المحضون أصلاً، أو كانت قرابتها غير محرمية كبنت العم فإن الحاضنة تكون أولى بحضانة الولد بأجر المثل من الأجنبية المتبرعة مطلقاً أى سواء كان الأب موسراً أو معسراً وسواء كان للصغير مال أو لم يكن له مال لأن فى نزع الولد من حاضنته وتسليمه للأجنبية المتبرعة ضرر به، لقصور شفقتها فلا يعتبر معه الضرر فى المال لأن الحرمة فى المال دون الحرمة فى النفس فإن المال خلق لحماية النفس وقضاء مصالحها.

أما إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة، بأن كانت ذات رحم كالعمة والخالة والأخت والجدة ولم يكن للصغير مال وكان أبوه موسراً فإن حاضنته تكون أولى بحضانته بأجر المثل من الأجنبية المتبرعة أيضاً لأن الولد إذا لم يكن له مال كان أجر الحضانة واجباً على أبيه وبقاؤه فى يد الحاضنة الأقرب، فيه نفع له لأن الشفقة معتبرة بقرب القرابة ولا ضرر على الأب الموسر، بإلزامه الأجرة لأنها واجب عليه.

وأما إذا كان الأب موسراً أو معسراً وكان للمحضون مال فيقال للحاضنة أما أو غيرها إما أن تمسكيه مجاناً أو تدفعيه للحاضنة المتبرعة صوناً لما له، لأن الولد إذا كان له مال كانت أجرة الحاضنة واجبة من ماله وفى إعطائه للمتبرعة إعفاء له

من الأجرة وفى هذا حفظ لماله ولا ضرر عليه فى اعطائه للمتبرعة لتحقق الشفقة لأنها من المحارم.

كذلك لو كانت المتبرعة من أهل الحضانة ولم يكن للولد مال وكان أبوه معسراً لا يستطيع دفع الأجرة لأن اعطاء الولد للحاضنة بأجر مع وجود المتبرعة الصالحة للحضانة يؤدى إلى الإضرار بالأب، بسبب ولده وهو لا يجوز لقوله تعالى: ﴿ لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾.

وفى جميع الأحوال يشترط فى المتبرعة أن تكون موسرة بأن تكون قادرة على الإنفاق على الولد وأن لا تمنع الأم عن رؤية ولدها وتعهده عندها وأن لا يوجد أحد ممن هو أولى منها فى المرتبة متبرعاً مثلها.

فإن تخلف أحد هذه الشروط فلا يصار إلى تبرعها ويبقى الولد عند الحاضنة التى تطلب الأجر.

ومما تقدم يتبين أن التبرع بالحضانة يختلف عن التبرع بالرضاع لأن المتبرعة بالرضاع ولو أجنبية تقدم على الأم، إذا طلبت أجراً على الرضاع، وكذلك لو طلبت غير الأم أجراً على الرضاع أقل من الأجر الذى تطلبه الأم فإن الأجنبية تقدم عليها ولو كان كل من الصغير وأبيه موسرين، أما المتبرعة بالحضانة فإن كانت غير محرم للصغير فلا تقدم على صاحبة الحق فيها.

وإن كانت محرماً فلا تقدم كذلك على صاحبة الحق إلا إذا كانت الأجرة واجبة فى مال الولد أو كان الأب معسراً وامتنعت صاحبة الحق عن تربيته مجاناً.

والسر فى هذا الإختلاف أن المقصود من الرضاع التغذية، والتغذية كما تتحقق من المحارم تتحقق من غيرهم ومن ثم لا يكون فى تقديم المتبرعة أو من تطلب أجراً أقل مما تطلبه الأم اضراراً بالولد. أما الحضانة فالمقصود منها تربية الولد وتعهده بالرعاية والتأديب والتهذيب وهذه أمور تحتاج إلى شفقة وحنان وعطف وهى أمور لا توجد فى البعيدات، ولأنه كلما قربت درجة القرابة كان توافر الشفقة أكثر.

وإذا امتنعت الأم أو من يليهـا فـى المرتبـة عـن حضانـة الولـد وكـان الأب معسراً ولم يكن للصغير مال فإن الأم تجبر على الحضانة صيانة للولد عن الهلاك وتفرض الأجرة على الأب أو على غيره، تبعاً لاعساره أو عدم قدرته على التكسب.

زمن الحضانة

لا خلاف فى أن الحضانة تبدأ بولادة الطفل حياً وعلى أن المحضون ذكـراً أو أنثى يبقى في يد حاضنته إلى أن يبلغ حد الاستغناء عن خدمتها لما جبلت عليه النساء من الصبر والشفقة والحنان.

فإذا بلغ حد الاستغناء عـن خدمتهـا فـلا يخلـو الأمـر مـن أن يكـون ذكـراً أوأنثى ولكل حالة حكم. فإن كان ذكراً بقى فى حضانـة النسـاء، إلا أن يبلـغ حـد الاستغناء عن خدمتهن ثم يضم إلى عاصبه من الرجال.

وبلوغ حد الاستغناء اناطة بعض الحنفية بقدرة المحضون على الأكل والشرب واللبس والوضوء وحده، من غير تقدير بسن معينة.

وذكر الخصاف، أن حده سبع سنين، وقدره أبو بكر الرازى بتسع سنين، لأنه لا يستغنى عادة قبل بلوغ هذه السن[1].

فإا بلغ الغلام حد الاستغناء، ضم إلى عاصبه من الرجـال لأنـه إذا استغنى عن خدمة النساء يحتاج إلى التأديب والتخلق بـأداب الرجـال وأخلاقهـم، والرجـل على ذلك أقدر.

وإذا كان المحضون أنثى، بقيـت فـى حضانـة النسـاء ، إلا أن تبلـغ حـد الاشتهاء ثم تضم إلى عاصبها الرحم المحرم.

---

(1) الفتوى فى المذهب الحنفى على قول خصاف لأن الأب مأمور بأن يأمر الصبى بالصلاة إذا بلغ سبعاً، قال ﷺ ﴿مروهم للصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر وفرقوا بينهم فى المضاجع﴾.

وقد اختلف في حد الاشتهاء فقيل ليس له حد مقدر، لأنه يختلف باختلاف حال المرأة وفي قول : ان بنت احدى عشرة سنة مشتهاة في قولهم جميعاً وقدر بعضهم حد الإشتهاء بتسع سنين وعليه الفتوى.

وفي جميع الأحوال : إذا بلغت البنت حد الإشتهاء كان العاصب أحق بها بعد ذلك لأنها بعد بلوغها هذا المبلغ من السن تحتاج إلى حمايتها وصيانتها وحفظها لأنها عرضة للفتنة ومطمعاً للرجال والأب أو العاصب مطلقاً أقوى وأقدر على دفع خداع الفسقة وكشف حيلهم وعلى صيانة البنت فكانت مصلحتها بعد بلوغها هذا الحد في الكون عند أبيها أو من يقوم مقامه.

هذا وقد كانت المحاكم تسير على المفتى به في المذهب الحنفي فكانت تحكم بانتهاء الحضانة بالنسبة للغلام إذا بلغ سبع سنين وعلى انتهاءها بالنسبة للأنثى إذا بلغت تسعاً إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، فنص في المادة (٢٠) منه على أن " للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى احدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك" .

وعلى ذلك يكون نص المادة المذكورة قد راعى كلا التقديرين بالنسبة للصغيرين فجعل السبع حداً أدنى والتسع حداً أعلى بالنسبة للصغير وجعل التسع حداً أدنى والإحدى عشرة حداً أعلى بالنسبة للصغيرة.

وقد جاء في المذكرة التفسيرية لهذه المادة : أن العمل جرى إلى الآن على أن حق الحضانة ينتهي عند بلوغ الصغير سبع سنين وبلوغ الصغيرة تسعاً وقد دلت التجارب على أن هذه السن قد لا يستغني فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة فيكونان في خطر من ضمهما إلى غير النساء خصوصاً إذا كان والدهما متزوجاً بغير أمهماولذلك كثرت شكوى النساء من انتزاع أولادهن منهن في ذلك الوقت.

وقد رأى المشرع لهذا أن المصلحة قد دعت إلى إيراد هذا النص وبمقتضاه يكون للقاضي الحرية في تقدير النظر في مصلحة الصغير بعد بلوغه سبع سنين ومصلحة الصغيرة بعد بلوغها تسع سنين فإن وجد أن مصلحتها في بقائهما تحت

حضانة النساء، قضى بذلك إلى تسع سنين فى الصغير وإلى احدى عشرة فى الصغيرة وعلى العكس من ذلك إن رأى أن مصلحتهما لا تقتضى هذا البقاء فى أيدى النساء قضى بضمهما إلى غير النساء.

والمقصود بالسنة التى تحتسب بها مدة الحضانة الهلالية التى عدد أيامها ٣٥٤ يوماً لأن هذا هو الأصل فى تقدير السنين فى النصوص الشرعية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

على أن الغرض من هذا التحديد وضع معيار مادى لانتهاء هذه المرحلة منعاً للنزاع. وإلا فمناط انتهائها هو الاستغناء عن خدمة النساء فلو احتاج المحضون إليها بعد هذا التحديد بأن كان معتوهاً أو طرأ عليه العتة فإن حضانته تمتد ما بقى محتاجاً إليها.

إنتهاء حق حضانة النساء في ظل القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

لما كان مدار الحضانة على نفع المحضون ورعاية مصلحته وتوفير المناخ الملائم لإطمئنانه واستقرار نفسيته، فقد استبدل القانون رقم ١٠٠لسنة ١٩٨٥ فى مادته الثالثة نص المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بنص آخر كما يلى:

مادة ٢٠ ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة ويجوز للقاضي بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك ......

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذه الفقرة من المادة المذكورة أن العمل كان جارياً على انتهاء حق النساء في الحضانة للصغير إذا بلغ سن السابعة ويجوز للقاضي أن يأذن ببقائه في يد الحاضنة إذا رأى مصلحته فى ذلك إلى التاسعة وأن تنتهي حضانة الصغيرة ببلوغها التاسعة إلا إذا رأى القاضي مصلحتها فى البقاء فى يد الحاضنة فله ابقاؤها حتى الحادية عشرة.

وأنه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والإطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشرع انهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه سن العاشرة وحضانتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة ثم أجاز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذاً بمذهب الإمام مالك(١) فى هذا الموضع ، على أنه فى حال ابقائهما فى يد الحاضنة بهذا الإعتبار لا يكون للحاضنة الحق فى اقتضاء أجرة حضانة وانما لها الحق فى نفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير هذا من مصاريف تعليم وعلاج وما يقضى به العرف فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه.

---

(١) المنصوص عليه فى الفقه المالكى آن الولد يقى فى يد حاضنته إلى آن يبلغ عاقلاً وأن الأنثى تبقى فى يد حاضنتها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها.

رؤية المحضون

لا خلاف فى أن للأب أو من يقوم مقامه حق رؤية ولده وزيارته إذا كان فى حضانة أمه أو غيرها من النساء وعلى أن للأم حق رؤية ولدها وزيارته، إذا كان بيد أبيه، أو من يقوم مقامه من العصبة لما فى ذلك من الصلة والمودة ولأن للأب حق تعهد المحضون وتأديبه وإلحاقه بالتعليم وهو لا يمكن من آداء ذلك كله إلا بزيارته والوقوف على حاله وعلى من يريد منهما رؤية ولده أن يذهب إليه، فى منزل الآخر، حيث لا خلوة محرمة ولا ريبة بل بحضور محرم أو امرأة ولا يطيل أحدهما الحديث مع الآخر أو ينبسط فيه لأن الفرقة بينهما مانعة من تبسط أحدهما فى منزل الآخر، فإذا لم يؤمن الخلوة أو كان ثمة ريبة فى حصول الزيارة فى منزل من بيده المحضون كانت الزيارة فى منزل أحد الأقارب أو الأصدقاء.

زيارة المحضون أبويه:

إذا أراد المحضون أن يزور أباه أو أمه كان له ذلك وينبغى على الأب أوالأم على حسب الأحوال أن يجيبه إلى طلبه ولا يمنعه من ذلك لما فيه من الإغراء على قطع الرحم، غاية الأمر أن من امتنع منهما عن ارساله لا يجبر عليه.

وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته لأن المرض يمنع المريض من المشى إلى ولده فمشى ولده إليه أولى.

أما إذا مرض المحضون فالأم أولى بتمريضه سواء كان ذكراً أو أنثى، لأنها أهدى إلى التمريض وأصبر من غيرها. ولأن المحضون بالمرض صار كالصغير فى الحاجة إلى من يقوم بأمره.

ويحصل التمريض فى منزل الأب إذا كانت الحاضنة له أمه ما لم يكن مانع أو فى منزل الأم، ويعوده الأب عندها كلما أراد.

ميعاد الزيارة :

تتم الزيارة على العادة نهاراً لا ليلاً مرة فى كل أسبوع بالنسبة للأم ومرة فى كل شهر بالنسبة لغيرها، وعند التنازع يقوم القاضى بتحديد ميعاد الرؤية أومكانها. يعين موعداً دورياً ومكاناً مناسباً ويكلف من عنده الولد إحضاره ليراه الآخر فيه، وإذا امتنع عن احضاره أجبره عليه.

هذه هى الأحكام المنظمة لحق رؤية كل من الوالدين أو من يقوم مقامهما ولده الصغير متى كان فى يد أحدهما، وقد صاغها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى الفقرة الثانية وما بعدها من المادة رقم /٢٠ والتى استبدل بنصوصها نصوص المادة رقم ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على الوجه التالى.

– لكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين.

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً.

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر انذره القاضى فان تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمد. يقدرها.

هذه هى الفقرات التى أضافها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المادة رقم ٢٠ المستبدلة ومنها ومن المذكرة الإيضاحية يتبين:

أولاً : أن حق رؤية المحضون ثابت لكل من الأبوين ولكل من الجدين عند فقد الأبوين.

ثانياً : أن رؤية المحضون تتم فى الأصل بالاتفاق بين والدى المحضون من حيث الزمان والمكان المناسب لرؤية كل منهما صغيره عند الآخر.

ثالثاً : إذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً نظم القاضى هذا الحق وكيفية تنفيذه ومكان تنفيذه وعلى الأب والأم أن يتخيرا مكاناً مناسباً لا يضر بالمحضون نفسياً

كأقسام الشرطة وإذا حدد القاضى مكاناً للرؤية لزم من بيده المحضون امتثال أمره.

رابعاً : منع تنفيذ حكم الرؤية قهراً واجباراً على من امتنع من الأبوين عن تمكين أحدهما من رؤية الصغير حيث لا يجوز للمحضن أن يجبر من بيده الصغير على اخراجه ليراه صاحب الحق فى الرؤية ولكن على المحضر إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بمجرد اعلانه له، أن يثبت ذلك فى إعلانه وأسباب امتناعه عن التنفيذ.

خامساً : إذا امتنع من بيده المحضون عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر كان لصاحب الحق من الأبوين أو الجدين عند فقدهما، أن يلجأ إلى القاضى طالباً منه إنذار من بيده المحضون تمكينه من رؤيته.

ولما كانت الدعوى حينئذ دعوى تمكين لحكم الرؤية فإنها تبقى قائمة حتى يرى صاحب الحق المحضون.

فإذا تكرر امتناع من بيده الصغير عن تنفيذ حكم الرؤية وأثبت ذلك صاحب الحق أمام القاضى. جاز للقاضى أن يصدر حكماً واجب النفاذ فوراً بنقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه فى المرتبة وذلك لمدة يقررها فى حكمه والحكم بنقل الحضانة يتم بمجرد صدوره لشموله بالنفاذ المعجل قانونياً وبالقوة الجبرية إعمالاً لنص المادة رقم ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ والتى استبقى القانون القائم نصها كما هو.

أثر انتهاء الحضانة:

يختلف أثر انتهاء الحضانة بإختلاف ما إذا كان المحضون غلاماً أو أنثى فإن كان غلاماً فلا خلاف فى أن حضانته تنتهى ببلوغه، عاقلاً رشيداً لأن الحضانة ولاية والبالغ الرشيد، لا ولاية لأحد عليه فمتى بلغ رشيداً كان له مطلق الحرية فى أن يقيم حيث أحب وشاء مع أبيه أو مع أمه، أو مع أجنبى، أو منفرداً.

والمقصود بالرشد هنا وفيما يأتى أن يكون المحضون مأموناً على نفسه غير مخوف عليه ارتكاب المعاصى مثل شرب الخمر والزنا والسرقة.

أما إذا بلغ الغلام مجنوناً أو معتوهاً فلا تنتهى حضانته لأنه لا قدرة له على صيانة نفسه ولا على دفع الهلاك عنها، وحضانته عند الأم أو من يقوم مقامها من النساء لأنه بالجنون أو العته التحق بالصغير فى الإحتياج إلى خدمة النساء.

وإذا بلغ الغلام غير رشيد بأن كان غير مأمون على نفسه فإن الولاية لا تسقط عنه ويجبر على البقاء مع ولى النفس أيا كان أو غيره لأنه إذا كان غير مأمون وترك ليقيم وحده فإن الفرصة تكون مهيأة أمامه لارتكاب المعاصى والمحظورات، الأمر الذى ينتهى به إلى أن يكون هملا ضائعاً يزدريه الناس، فوق أنهم يعيرون به أهله وفى ضمه لأبيه أو من يقوم مقامه حماية له من نفسه بدفع الفتنة عنه وحماية أهله بدفع العار عن أنفسهم وليس من البر ولا من صلة الرحم تركه يعبث فى الأرض فساداً.

وأما إذا كان المحضون أنثى، فإما أن تكون بكراً، وإما أن تكون ثيباً.

فإن كانت ثيباً، تزول عنها الولاية إذا بلغت عاقلة رشيدة، ولها ما دامت كذلك أن تنفرد بالسكنى لأنها أختبرت الرجال وعرفت كيدهم ومكرهم، ومن ثم فلا يكون لأبيها أو غيره أن يضمها إلى نفسه بعد البلوغ رشيدة، لأن ولايته تكون قد زالت عنها.

وإذا بلغت غير رشيدة بأن كانت غير مأمونة على نفسها فلا خلاف فى استمرار الولاية عليها فى نفسها اعتباراً لنفسها بعالها ولا تمكن من التفرد بالسكنى لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها.

أما البكر فسواء كانت مأمونة أو غير مأمونة فإنه لا خلاف فى استمرار الولاية على نفسها حتى تدخل فى السن ويجتمع لها رأى وعفة لأنها عرضة للفتنة وللإنخداع بخلاف الثيب، ومن ثم كان لأبيها أو عاصبها إذا كان ذا رحم محرم، مأموناً عليها أن يضمها ليحميها ويحفظها من مكر الرجال وحيلهم، فإذا تجاوزت هذه المرحلة وصارت مسنة واجتمع لها تبعاً لذلك رأى وتدبر بزيادة التجربة فإنها

لا تجبر على أن تضم إلى أبيها أو غيره بل تقيم حيث أحبت وشاءت لأن الضم كان لخوف الفتنة بسبب الإنخداع وقد زال ذلك حين دخلت فى السن واجتمع لها رأيها وعقلها.

على أنه سواء أكانت الأنثى بكراً أم ثيباً، فإنه تزول ولاية ولى النفس عنها عنها إذا تزوجت وقد أطلق فقهاء المذهب الدخول فى السن ولم يقيدوه بسن محددة ففي بعض المصادر إذا دخلت في السن واجتمع لها عقل وعقلت فليس للأولياء حق الضم، وفي البعض الآخر إذا كانت البكر قد دخلت فى السن فاجتمع لها عقلها ورأيها وفى ثالث إذا دخلت في السن واجتمع لها رأى وفى رابع، إذا كانت مسنة ولها رأى.

ويتبين من هذا كله أن الولاية على نفس البكر تستمر حتى تتزوج أو تصير عجوزاً. لكن القضاء جرى على أن الأنثى إذا بلغت سن الرشد وكانت مأمونة على نفسها ولا يخشى عليها الفتنة جاز لها الإنفراد بالسكنى بعيداً عن ولى النفس، متى كان ذلك في مصلحتها ولا فرق بين الثيب والبكر، مسنة أو غير مسنة، فقد تكون بكراً مسنة أو ثيباً، أكثر تعرضاً للفتنة وأسهل انخداعاً من شابة تحصنت بالعلم والدين وحسن التربية وتحمل المسئولية.

وبناء على ما نص عليه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى المادة ٢٠ التى استبدل بها نص المادة ٢٠ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فإن البنت تبقى في حضانة أمها إذا رأي القاضي مصلحتها في ذلك حتى تتزوج كما هو منصوص عليه في المذهب المالكي.

نقل المحضون والسفر به

انتقال الأم:

إذا كانت الحاضنة للصغير أمه وكانت الزوجية بينها وبين أبى المحضون قائمة لا يجوز لها أن تنتقل بالمحضون من المكان الذى تقيم فيه مع الزوج إلى غيره من الأمكنة وإذا أرادت الخروج بالمحضون كان للزوج منعها إلا إذا أذن لها فى الإنتقال.

وذلك لأن الزوجة يلزمها متابعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم وكذلك إذا كانت معتدة لأنه يلزمها قضاء العدة فى المكان الذى وقعت فيه الفرقة، ولا يجوز خروجها ولا اخراجها منه لقوله تعالى: ﴿ **ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾[1].

وإن كانت الأم مطلقة وقد انقضت عدتها فأرادت أن تخرج بولدها من البلد الذى كانت تقيم فيه مع الأب إلى بلد آخر، فإن كان البلد بلدها وقد عقد عليها زوجها فيه كان لها أن تخرج به لأن التزوج من امرأة فى بلدها دليل فى الظاهر على أنه مقيم بها لقوله [redacted] ﴿ **إذا تزوج رجل ببلد فهو من أهله**﴾. غير أنه إذا خرج بعد ذلك وقد أعطاها مهرها وجب عليها متابعته. فإذا ارتفع النكاح كان لها أن تعود إلى بلدها ولو كان بعيداً لوجود دليل الرضا، وهو التزوج بها فى بلدها والولد من ثمرات النكاح فكان راضياً بحضانة الولد فى ذلك البلد.

وهذا بخلاف ما إذا لم يحصل العقد فى بلدها لعدم وجود دليل الرضا وهو التزوج بها فى بلدها فلم يكن راضياً بالإقامة معها فى بلدها ولم يكن راضياً بحضانة الولد فيه ومن ثم يبقى ضرر تفريق الولد عنه ضرراً محضاً وهو لا يجوز.

---

(1) آية (١٩) سورة النساء.

وبخلاف ما إذا حصل العقد في بلد آخر غير بلدها لأن ذلك البلد يكون غربة لها كالبلد الذى يقيم فيه الزوج وعقد النكاح فيه ليس دليلاً على الرضا بالمقام فيه.

أما إذا كان انتقالها إلى بلد غير بلدها الذى جرى فيه عقد النكاح فليس لها أن تخرج بالولد إلا إذا كان هذا البلد قريباً حيث يكون فى مقدوره الأب أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل لسهولة مراعاة الأب حينئذ مصالح ولده، ولأنه يكون كالإنتقال من مكان إلى مكان متسع، بيد أنه إذا كان انتقالها من مصر إلى قرية فإنه لا يجوز لما يترتب على ذلك من تخلق الولد بأخلاق أهل القرى.

هذا ولم يبين الفقهاء وسيلة الانتقال التى يعتبر بها المكان قريباً أو بعيداً والظاهر أن الأمر فى ذلك يرجع إلى ما يتعارفه الناس فى كل زمان ومكان، ففى العصور التى كان فيها الفقهاء لم تكن السكك الحديدة معروفة ولم تكن السيارات معروفة ولم تكن المركبات البخارية معروفة وكان الإنتقال بالعربات تجرها الحيوانات وبالمراكب الشراعية وعلى ظهور الدواب وعلى الأقدام.

أما الآن فقد عرفت القطارات والسيارات والمركبات البخارية وليس ذلك فقط بل صارت هذه الوسائل مألوفة، ميسورة، مناسبة التكاليف للكافة.

وعلى ذلك، فلا يجوز الآن احتساب المسافة على أساس قطعها بالسير على الأقدام أو ركوب الدواب لأنها غير مألوفة للكافة إلا فى المسافات القريبة جداً.

وإذا نحن اعتبرنا ما ذهب إليه الحنفية من أن المعيار في حد القرب والبعد هو إمكان الأب رؤية ولده والعودة قبل الليل وعدم امكانه ذلك أمكن القول بأنه إذا كان فى مقدور الأب أن يزور ولده بأى وسيلة من وسائل المواصلات المألوفة ثم يعود من زيارته إلى بيته قبل الليل، اعتبر مكاناً قريباً وإذا لم يكن فى مقدوروه أن يزوره ويعود فى نفس اليوم اعتبر بعيداً وخاصة أنه ليس فى التعويل على وسائل المواصلات المألوفة الآن حرج على الأب، لأن المواصلات القديمة كانت أشق ونفقاتها كانت أكثر.

وبهذا المعيار يقضى على معظم المنازعات التى تثور بسبب الإنتقال بالمحضون إذ أن فى إمكان أى شخص يقيم بالقاهرة أن يزور ولده فى أى بلد من ٢
بلاد الوجه البحرى ثم يعود قبل الليل، أو فى أى بلد من بلاد الوجه القبلى حتى أسيوط ثم يعود قبل الليل أيضاً.

وفى هذا مراعاة مصلحة الصغير ومراعاة حق والديه وذلك بالجمع بين حضانته بواسط أمه وبين اشراف أبيه عليه، حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده، ولا يحرم صغير من عطف حضانته ورعاية أبيه.

انتقال غير الأم:

إذا كانت الحاضنة امرأة أخرى غير الأم كالجدة أو الأخت فليس لها أن تنتقل بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا برضاه فلو انتقلت إلى بلد آخر بدون رضاه كان له أو لمن يقوم مقامه أن يمنعها من ذلك ولو كان ذلك البلد وطناً لها لأن جواز الانتقال للأم إلى بلدها كان بحكم العقد ولا عقد بين الأب وغيرها من سائر الحاضنات.

ولم يفرق الفقهاء فى هذا الحكم بين البلد البعيد والقريب. غير أن بعض المتأخرين أجاز انتقال غير الأم إلى البلد القريب وسوى بينهما وبين الأم فى هذا الحكم وذلك أخذا من تعليلهم جواز انتقال الأم إلى المكان القريب بأن الإنتقال إلى البلدة القريبة كالإنتقال إلى أحد جوانب البلدة الواحدة.

انتقال الأب:

إذا كان الولد فى يد أبيه لاستغنائه عن خدمة النساء وأراد أبوه أن يسافر به كان له ذلك لأن [redacted] وصيانته، وتأديبه عندئذ واجبة عليه بالإجماع.

أما إذا كان المحضون بيد حاضنته وأراد أبوه أن يأخذه منها ليسافر به فليس له ذلك وتكون الحاضنة المقيمة، أحق بحضانته منه، لأن خروج الأب بالولد

قبل الاستغناء عن حضانة النساء، اضراراً بالحاضنة بإبطال حقها فى الحضانة وهو لا يجوز.

وإذا كانت الزوجية قائمة فليس للأب أن يخرج بالولد من مكان الزوجية بغير أمه إلا برضاها قريباً كان المكان أو بعيداً.

وإذا خرج الأب بالولد ثم طلقها فطالبته برده إن كان قد أخرجه بإذنها لا يلزمه رده بل يقال لها : اذهبى وخذيه، وإن كان بغير اذنها لزمه رده كما لو خرج به مع أمه ثم ردها ثم طلقها فعليه رده.

وغير الأب من العصبات كالأب، غير أن الأنثى لا تدفع إلى غير المحرم.

النفقة

النفقة كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة وسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف. والقرابة الموجبة لنفقة القريب الفقير على قريبه الموسر أو القادر نوعان:

قرابة الولاد: وهى قرابة الأصول، الأباء والأمهات والأجداد والجدات من الجانبين وان علوا وقرابة الفروع الأولاد وأولاد الأولاد ذكوراً واناثاً وان نزلوا.

وقرابة غير الأولاد: وهى القرابة المحرمة للزواج عند الحنفية وتتناول ذوى الرحم المحرم ويقال لهم الحواشي وهم الأخوة والأخوات وأولادهم وأن بعدوا والأعمام والعمات والأخوال والخالات.

والأصل أن نفقة الشخص تجب فى ماله ان كان له مال لأنها إنما تجب لدفع الحاجة ومن له مال ليس فى حاجة إلى أن ينفق عليه غيره إلا الزوجة، فإن نفقتها تجب على زوجها ولو كانت طائلة الثراء لأن نفقتها لم تجب للحاجة وإنما وجبت لاحتباسها لحق الزوج، وقد اتفق الفقهاء على مبدأ وجوب النفقة للقريب على قريبه بسبب القرابة ولكنهم اختلفوا فى مدى القرابة الموجبة للنفقة وتحديدها فقال المالكية، إن القرابة الموجبة للنفقة هى قرابة الولاد وفى أول درجاتها من الجانبين، فتجب للوالدين على الأولاد الصلبيين فقط، دون سائر الفروع، وتجب للأولاد الصلبيين على الوالدين فقط دون سائر الأصول، لقول الله تعالى: ﴿وبالوالدين احساناً﴾، وقوله سبحانه ﴿وصاحبهما فى الدنيا معروفا﴾ وقوله ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ ولقول النبى ﷺ لمن جاء يشكو إليه، أن اباه أخذ من ماله: ﴿أنت ومالك لأبيك﴾ وقوله عليه السلام: ﴿إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئاً مريئاً﴾ وقوله لهند زوجة أبى سفيان لما اشتكت إليه شح أبى سفيان وتقتيره فى الإنفاق: ﴿خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف﴾.

فإن هذه الآيات والأحاديث تدل على وجوب نفقة الوالدين على الأولاد، ووجوب نفقة الأولاد على الأب ولم تزد على ذلك فوجب الاقتصار على ما أثبتته ودلت عليه من الأحكام(١).

وقال الشافعية، إن القرابة الموجبة للنفقة هي قرابة الولاد مطلقاً وفي جميع درجاتها أى الأصول الأبوان والأجداد والجدات، وان علوا والفروع الأولاد، وأولاد الأولاد وان نزلوا.

فتجب النفقة للأصول على فروعهم والفروع على أصولهم من غير تقييد بدرجة لأن الآيات والأحاديث التى سبق ذكرها فى الاستدلال لمذهب المالكية قد دلت قطعاً على وجوب نفقة الأبوين على الأولاد ووجوب نفقة الأولاد على الأباء.

ومن المقرر أن الأجداد أباء وأن الفروع أولاد فتشملهم هذه النصوص وتدل على ثبوت الحكم فى جميع الأصول وجميع الفروع، وهذا أوسع من مذهب المالكية(٢).

وقال الحنفية أن القرابة الموجبة للنفقة هى القرابة التى توجب حرمة النكاح بين القريبين إذا فرض أحدهما ذكراً والآخر أنثى طبقاً للأحكام المتقدمة فى حرمة النكاح بسبب النسب. فتجب النفقة للقريب الفقير على قريبه الموسر إذا كانت القرابة بينهما تحرم على الرجل الزواج بالأنثى أو تجب النفقة لسائر الأقارب إذا كانوا من المحارم أى الأصول والفروع والحواشى إذا كانوا من المحارم. أما الأقارب من غير المحارم فلا تجب النفقة لهم ولا عليهم ومن ثم لا تجب نفقة بنت العم على ابن عمها ولا بنت الخال على ابن خالها لعدم المحرمية.

ثم لابد أن تكون المحرمية بين من تجب له النفقة ومن تجب عليه، ثابتة بالقرابة لا بطريق آخر كالرضاعة مثلاً، فلو كان الشخص موسراً وله بنت عم نسبية

---

(١) يراجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج٢ ص ٥٢٢-٥٢٤، والخرشى ج٤ ص٢٠٢-٢٠٤ .

(٢) يراجع نهاية المحتاج ج٧ ص٢٠٧ .

وهى أيضاً أخته من الرضاعة، فلا تجب نفقتها عليه وان كانت محرمة له لا يحل له أن يتزوجها لأن هذه المحرمية ليست لسبب القرابة وانما بسبب الرضاعة.

واستدل الحنفية على تعميم الحكم في القرابة غير الأصول والفروع بقول الله تبارك وتعالى: ﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا وبذى القربى﴾ وقوله سبحانه: ﴿وآت ذا القربى حقه﴾، فإنه جل شأنه أمر بالإحسان إلى الوالدين وهو محمول على الأصول وموجب للنفقة عند الكل، لأنها من أعظم مظاهر الاحسان والبر وقد جعل ذوى القربى تالين للوالدين فى ذلك فوجبت لهم النفقة به كما وجبت للوالدين عند الآخرين وفى الآية الثانية جعل سبحانه لذوى القربى حقاً وأمر باعطائه وهو عام، يشمل في أول ما يشمل النفقة وأيضاً ما روى أن النبى ﷺ قال لمن جاءه يسأله عن أحق الناس ببره، وهو معاوية القشيرى، قال يا رسول الله من أبر؟ قال أمك، قال ثم من؟ قال أمك، قال ثم من؟ قال أمك، قال ثم من؟ قال أباك، ثم الأقرب فالأقرب، فقد جعل للأقربين حقا فى بر الشخص، كأبويه ورتب بينهم الأقرب فالأقرب واستدلوا على تقييد القرابة بالمحرمية بقراءة عبد الله ابن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك وهى قراءة مروية بطريق الشهرة فتصلح لتقييد النص، ومذهب الحنفية أوسع من مذهب الشافعية.

وقال الحنابلة: أن القرابة الموجبة للنفقة هى القرابة التى توجب الارث على التقابل مع إيجاب النفقة أى التى يكون فيها القريب الموسر وارثاً لقريبه المحتاج حينما يموت على مال يورث فهى تشمل قرابة الأصول والفروع وكل قرابة توجب الارث بين القريبين على الوجه الذى ذكرناه سواء أكانت هذه القرابة موجبة محرمة النكاح بين القريبين ان فرض أحدهما ذكر أو الآخر أنثى أم غير موجبة لها. والمراد أن يكون الارث بسبب القرابة لا بسبب آخر، فإذا جرى الارث بسبب آخر غير القرابة كولاء العتاقة، فلا تجب النفقة ومن ثم وجب عند الحنابلة اتحاد الدين بين القريبين حتى فى نفقة الولاد، الأصول والفروع لأنه توارث بين المسلم وغير المسلم فلابد أن يكون كلاهما مسلماً لتجب النفقة لفقيرهم على غنيهم.

ومذهب الحنابلة أوسع من مذهب الحنفية حيث لم يشترط المحرمية في القرابة ولذلك وجبت نفقة ابن العم الفقير على ابن عمه الموسر عندهم، لأنه وارث ولم تجب عند الحنفية لأنه غير محرم واستدل الحنابلة بقوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ فإنه سبحانه أوجب نفقة الفقير على قريبه الذى يرثه فأناط وجوب الانفاق بالارث بلا فرق بين المحرم وغير المحرم ولأن هذا القريب الوارث لما كان أحق بميراث قريبه عندما يكون له مال، دون سائر الأقارب كان من العدل أن يختص بتحمل نفقته عندما يكون فقيراً دون سائر الأقارب جرياً على قاعدة الغرم بالغرم.

هذه هى آراء الفقهاء فى تحديد القرابة الموجبة للنفقة نراها تدرجت فى نطاق الاتساع والشمول حتى انتهت إلى أوسع مدى مما يقطع بأن الشريعة الإسلامية شريعة الرحمة والعدل شريعة الإنسانية المتكافلة المتعاونة ، المتعاطفة التى صورها الرسول الكريم فى أروع صورة وأجمل مظهر حين قال : ﴿مثل المؤمنين فى توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالحمى والسهر﴾.

والمعمول به الآن فى نفقات الأقارب هو مذهب الحنفية، فتحكم المحاكم بالنفقة للأصول والفروع ولكل ذى رحم محرم وهم المسمون بالحواشى، وإذا امتنع المحكوم عليه بالنفقة من أدائها للمحكوم له مع قدرته على الأداء يحكم عليه بالحبس من أجل ذلك حتى الأب المحكوم عليه بالنفقة لابنه، يحبس عند الامتناع من أداء هذه النفقة مع القدرة على الأداء لأن هذه النفقة وجبت لدفع حاجة الإنسان وفى الامتناع عن أدائها تعريض الحياة للخطر.

ونفقة الأقارب تجب لدفع الحاجة، ومن ثم وجبت بقدر الكفاية لأن الحاجة تندفع بهذا القدر ولا تلزم إلا بقضاء القاضى بخلاف نفقة الأصول والفروع فإنها وإن كانت أصلاً بقدر الكفاية إلا أنها لا يتوقف وجوبها على قضاء القاضى فلو كان للشخص مال من جنس النفقة، كان لمستحق النفقة من الأصول والفروع أن

يأخذ ما يحتاج إليه من نفقته من هذا المال بالمعروف دون توقف على قضاء القاضي وحكمه بالنفقة وحكم القاضي في ذلك من باب الفتوى والاعانة على الوصول إلى الحق، وليس حكماً حقيقياً.

أما غير الأصول والفروع من الأقارب والمحارم كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات فليس لهم أن يأخذوا شيئاً من هذا المال، قبل القضاء والحكم له بالنفقة وذلك لأن الرسول ﷺ قال لهند امرأة أبي سفيان، حين اشتكت إليه شح أبي سفيان وتقتيره عليها وعلى أولادها منه في النفقة ﴿خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف﴾ فكان ذلك دليلاً على جواز أخذ الفروع النفقة من مال من وجبت عليه دون حكم من القاضي بالمعروف واشتراط اتحاد الجنس لتفادى بيع المال فى النفقة، الأمر الذى يستلزم اجراءات خاصة وأوضاعاً معينة، لا يمكن تفاديها وأيضاً نفقة الأصول والفروع متفق على وجوبها على تفاوت فى نطاق ومدى القرابة الموجبة للنفقة على نحو ما أسلفنا فلا حاجة فى ثبوت أصل الوجوب إلى القضاء أما نفقة الأقارب الآخرين فهى موضع خلاف بين الفقهاء فاحتاج الأمر فى ثبوت الوجوب إلى قضاء القاضي.

ونفقة الأقارب بصفة عامة تسقط بمضى المدة شهر فأكثر إلا إذا كانت مفروضة ومستداناته بالفعل باذن ممن وجبت عليه أو من القاضي لأنها كما قلنا وجبت لدفع الحاجة ومضى المدة دون أخذ النفقة دليل على اندفاع الحاجة وقدرت المدة بشهر للتمكن من المطالبة بها أما نفقة الزوجة فإنها وجبت للاحتباس ومن ثم لم تجب بقدر الكفاية بل بحسب حال الزوج ولا تسقط بمضى المدة، شهر فأكثر وهي بمقتضى مذهب الحنفية تكون ديناً من وقت القضاء أو التراضي وبمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تكون من وقت الامتناع عن الانفاق مع وجوبه، وتكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

وقد استثنى بعض الفقهاء وهو الزيلعى، فى تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٣ ص٦٥ نفقة الصغير على أبيه، من حكم نفقة الأقارب فقال أنها لا

تسقط بمضى شهر فأكثر بعد الفرض والتقدير بل تكون ديناً من وقت الفرض كنفقة الزوجة، فى حكم مذهب الحنفية.

وقد جرى عمل القضاة على أن هذا الرأى لأنه أرفق وأعدل أو قد تضطر الأم للانفاق على ولدها انقاذا لحياته ويستغل الأب ذلك فلا يعطيها النفقة مدة تحيلاً إلى اسقاطها وا لله تعالى يقول: ﴿لا تضار والدة بولدها ولا مولود بولده﴾.

وإذا لم يكن للفقير العاجز عن الكسب قريب محرم منه ينفق عليه فإن [illegible] تكون واجبة على بيت المال "خزانة الحكومة" لأن من وظائف بيت المال فى النظام الإسلامى أن يقوم بالإنفاق على الفقراء العاجزين عن الكسب الذين ليس لهم من تجب نفقتهم عليه فإن الفقهاء قد قسموا بيت المال بحسب أنواع الأموال التى توضع فيها والمصارف التى تصرف إليها إلى أربعة أقسام:

١- بيت المال الذى يوضع فيه الأموال المتحصلة من زكاة الأموال وعشور الأراضى الزراعية.

٢- بيت المال الذى توضع فيه الأموال المتحصلة من الجزية والخراج.

٣- بيت المال الذى توضع فيه الأموال المتحصلة من الغنائم والزكاة.

٤- بيت المال الذى توضع فيه الأموال المتحصلة عن الضوائع، والأموال التى لا وارث لها وجعل الانفاق على الفقير العاجز من الكسب وليس له قريب محرم تجب عليه نفقته، من اختصاص القسم الرابع من هذه الأقسام.

يقول الكاسانى فى الجزء الرابع من البدائع ص٦٩ (واما النوع الرابع فيصرف إلى دوائر الفقهاء والمرضى وعلاجهم، وإلى أكفان الموتى الذين لا مال لهم وإلى نفقة اللقيط وعقل جنايته، وإلى نفقة ما هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته، ونحو ذلك وعلى الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها. وهذا صريح لأن الفقير العاجز عن الكسب وليس له من تجب نفقته عليه شرعاً حقاً مقرراً فى بيت المال هو حق النفقة، وأن على الإمام أن يصرف هذا الحق إلى مستحقيه.

فى أحكام النفقة:

قلنا أن العمل فى مسائل النفقات التى يجرى على أحكام مذهب الحنفية فيما عدا ما ادخل من تعديل بالنسبة لنفقة الزوجة وسنبين فيما يلى طريقة وجوب نفقة الأصول والفروع والأقارب الآخرين، شروط الوجوب وترتيبه طبقاً لأحكام مذهب الحنفية، المعمول به مبتدئين بنفقة الفروع ثم بنفقة الأصول ثم بنفقة الأقارب الآخرين (الحواشى).

نفقة الفروع على الأصول:

الفروع هم أولاد الشخص، وأولاد أولاده وان نزلوا ذكوراً كانوا أو اناثاً. والأصل فى وجوب نفقة الفروع على أصولهم قول الله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾ وقول رسول الله ﷺ لهند زوجة أبى سفيان، حينما اشتكت إليه شح أبى سفيان وتقتيره فى النفقة عليها وعلى أولاده منها ﴿خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف﴾ والنفقة هى الطعام والكسوة والسكنى وأجرة الخادم، إذا كان الطالب فى حاجة إلى خادم.

شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول:

يشترط لوجوب نفقة الفروع على الأصول ما يأتى:

أولاً: أن يكون الفرع فقيراً فإن لم يكن فقيراً فنفقته فى ماله لأن الأصل أن نفقة الإنسان على نفسه متى كان يجد مقدار الكفاية فى ماله أو كسبه ان كان ممن يستطيع الكسب، ولا يلزم غيره بنفقته فإن كان للولد الصغير مال حاضر، نقود أوغيرها من المنقول أو العقار كانت نفقته فى ماله ويستغل المال أو يباع للنفقة وان كان له مال غير حاضر فعلى الأب أن ينفق عليه حتى يحضر ماله ثم ان كان قد أشهد عند الانفاق انه ينفق ليرجع بما ينفق فى مال الصغير، أو كان الانفاق بأمر القاضى كان له أن يرجع على الصغير بما انفق قضاء وديانة.

أما إذا كان الانفاق بدون اشهاد ولا اذن من القاضى، كان متبرعاً ولا يجوز له الرجوع بما انفق فى مال الصغير قضاءاً ولا يصدق أنه انفق ليرجع وله الرجوع ديانة ان كان قد انفق ليرجع فيما بينه وبين نفسه.

وقد عرضت هنا حالة اختلف فقهاء الحنفية فى تقديرها وهى حالة الفقير الذى يملك داراً يسكنها وعبداً يخدمه، أيكون فقيراً محتاجاً تجب له النفقة على الغير، مع بقائهما على ملكه باعتبارهما من حوائجه الأصلية ولا غنى لأحد عنهما والشخص لا يبيع منزله إلا نادراً أو لا يكون محتاجاً لأنه يستطيع بيعهما جملة أوأجزاء وانفاق ثمنهما ثم يسكن بالأجر ويستأجر خادم يقوم على شئونه؟ روايتان. وقد اختار الرواية الأولى صاحب البدائع وقال أن هذا هو الصواب.

ألا ترى أنه تحل الصدقة لهؤلاء ولا يؤمرون ببيع المنازل ورجح صاحب الزخيرة الرواية الثانية وقال ان هذا هو الصحيح من المذهب وعلى ذلك جرى عمل القضاء إذ جرى على اعتبار مثل هذا موسراً بملكه ولا يستحق النفقة على غيره، وهذا هو الأوفق والأعدل، إذ أن هذه النفقة انما وجبت لدفع الحاجة واحياء النفس ولا يقال عادة لمن يملك منزلاً أنه محتاج.

ثانياً: أن يكون عاجزاً عن الكسب، وغير مستطيع كسب عيشه بوسيلة مشروعة فإن كان قادراً على الكسب فنفقته فى كسبه لأنه حينئذ يكون مستغنياً بكسبه ولا يعتبر فى حالة ضرورة يتعرض فيها للهلاك ان لم ينفق عليه والعجز يكون:

١-بالصغر، بأن لم يبلغ حد الكسب فإن بلغ هذا الحد، وكان غلاماً فللأب أن يؤجره أو يدفعه لمن يعلمه حرفة يكتسب منها وينفق عليه من كسبه وان كان أنثى فله أن يسلمها إلى امرأة أمينة تعلمها حرفة تنفعها فى مستقبل حياتها.

فإن كان لها من ذلك ما يكفى لنفقتها فيها، وإلا أنفق عليها الأب أوأكمل لها النفقة على حسب الأحوال.

٢-بالأنوثة فى الأولاد الكبار لأن الشأن فى الأنثى ألا تتعرض لعناء الكسب لكنها لو اكتسبت فعلاً من وظيفة أو حرفة، فإن نفقتها حينئذ تكون فى كسبها فإن لم يف كسبها بالنفقة كان على الأب إكمالها.

٣-المرض المزمن، الذى يقعد الشخص عن الكسب، كالجنون والعتة والشلل والعمى ونحو ذلك. فإن اكتسب مع المرض كانت نفقته فى كسبه ان وفىّ بها، وإلا فعلى الأب النفقة أو إكمالها.

٤-بالإشتغال بطلب العلم النافع المفيد، إذا كان الطالب مجداً ناجحاً فلا تعطى لمن لا يكون كذلك، إذ لا جدوى فى اشتغاله بالطلب وعليه أن ينصرف لتحصيل قوته أو كسب ما ينفق منه، ولا يكون كلا على غيره.

وهذا رأى السلف من فقهاء الحنفية وهو المختار، إذ تكليف طالب العلم النافع المجد الناجح بالإشتغال لكسب القوت، يؤدى إلى تعطيله عن تحصيل العلم، والتفرغ للبحث الأمر الذى يؤثر تأثيراً سيئاً على النهضة العلمية، ويعوق تقدم الأمة وسيرها فى ميدان العلم والبحث.

وإذا كان هذا هو رأى السلف من فقهاء المذهب الحنفى فى نفقة طالب العلم، فإن المتآخرين منهم اختلفوا فيما بينهم، فبينما أفتى بعضهم بعدم وجوب هذه النفقة لما فسدت أحوال طلاب العلم وانصرف بعضهم عن الإشتغال بالعلم الدينى، صارت الفتوى بعد ذلك فى زمن لاحق على وجوب هذه النفقة، وذلك بعد فتنة التتار وقتلهم أكثر العلماء، حتى لا يضيع العلم باشتغال طلبته بالكسب المانع عن تحصيله.

وقد حسم القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى المادة الثامنة عشرة مكرر ثانياً والتى أضافها إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هذا الخلاف، فأوجب نفقة طالب العلم على أبيه وحدد نوع العلم الذى يكون الاشتغال به عجزاً حكمياً بجعله العلم الملائم لأمثاله واستعداده فقد جاء فى هذه المادة : أن العلم الموجب لنفقة الولد على أبيه هو الملائم لأمثاله واستعداده.

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا النص: أن المذهب الحنفى المعمول به الآن فى نفقة الولد على أبيه فيه أقوال وتفاصيل فى إستحقاق النفقة بسبب الاشتغال بالتعليم تعرضت لنوع العلم وحال طالبه وتبعاً لذلك اختلفت اتجاهات المحاكم.

ولما كان الإشتغال بطلب العلم يشمل ما هو ضرورى لتكوين الشخص وإعداده للحياة سواء أكان دينياً أم دنيوياً، وهذا القدر من العلم بمنزلة الطعام والكساء، كما يتناول ما ليس بضرورى للطالب فى الدين أو فى حياته. وقد يكون الملزم بالنفقه أحد الأبوين أو غيرهما من الأقارب، وتعليم الولد أيا كان ذكراً أكان أوأنثى يراعى فيه وسع أبيه وما يليق بمثله، ولا يلزم الأنسان بتعليم ابن أخيه مثلاً إلى المستوى الواجب لابنه.

من أجل هذا كان من المصلحة أو العدل تقرير أن الاشتغال بالتعليم يعتبر عجزاً حكمياً موجباً للنفقة إذا كان تعليماً لعلم ترعاه الدولة ولا ينافى الدين وبشرط أن يكون الطالب رشيداً فى التعليم وفى قدرة من وجبت عليه النفقة الانفاق عليه فى التعليم.

كذلك قررت المادة الثانية عشرة مكرر ثانياً المشار إليها الأحكام التى كان معمولاً بها فى نفقة الصغير وفى نفقة الأنثى وفى من كان عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية فنصت على أنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه.

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه.

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير السكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم.

هذا ويرى بعض فقهاء الحنفية، أن من صور العجز عن الكسب الموجب لنفقة الشخص الفقير على قريبه لا أن يكون من أبناء الأشراف الذين يلحقهم عار

بالعمل والاشتغال بالكسب وأوجبوا النفقة لهؤلاء على أقاربهم ولو كانوا قادرين لأنه لا يليق بهم وبمكانتهم فى المجتمع أن يكتسبوا.

ويرى الآخرون أن هذا ليس من العجز الجسمانى الذى يقتضى وجوب النفقة للشخص على غيره، وإنما هو عجز النفس، وضعف الهمة وموت الضمير وليس مما يتفق مع دعوة الإسلام إلى العمل وحثه على الكسب والأكل من عمل اليد، بقول الرسول الكريم ﷺ ، وعمله، ودعوة أئمة الهدى، وأعلام الرشاد بأقوالهم وأعمالهم، أن يكون هذا النوع من الضعف موجباً لنفقة صاحبه على غيره.

ولقد كان فى الحياة الإجتماعية التى عاشها أصحاب هذا الرأى ونظام المجتمع الذى نشئوا فيه والتيارات الفكرية الموجهة، ما أملى عليهم هذا الرأى وأقنعهم بسلامة منطقه، ولا شك أن هذه العوامل تؤثر فى الفقيه وفى الفقه، وتلونه بلون البيئة التى تسودها وتسيطر عليها فلا وجه إذن لا يجاب نفقة مثل هذا الشخص على غيره.

ثالثاً: أن يكون الأصل قادراً على النفقة على نفسه وعلى الفرع بالقدر الذى يكفيه ويدفع حاجته إما بيساره أو بقدرته على الكسب، ولو لم يكن موسراً وفى ماله فضل يتسع للنفقة فإنه متى كان قادراً على التكسب، وكان التكسب متيسراً له، يجب عليه العمل والتكسب للقيام بهذه النفقة وان كان قادراً على العمل والتكسب، ولكن لم يتيسر له العمل بالفعل لبطالة ونحوه يؤمر من تجب عليه النفقة لو لم يكن الأب موجوداً بالإنفاق على الأولاد، على أن يكون ما ينفقه ديناً على الأب، يرجع به عليه إذا أيسر.

فإن كانت الأم هى التى تجب عليها النفقة تنفق وترجع على الأب إذا أيسر وإن كان الجد هو الذى تجب عليه النفقة ينفق ويرجع على الأب إذا أيسر.

وذهب البعض إلى أن الإنفاق فى هذه الحالة، ينتقل أساساً إلى من تجب عليه النفقة لو لم يكن الأب موجوداً، فيجب على الأم والجد اثلاثاً الثلثان على الجد، والثلث على الأم، كما فى حالة موت الأب، أو عجزه عجزاً تاماً بالمرض أوالشيخوخة عن العمل والتكسب على ما سيأتى فى بيانه.

وليس من شرط هذه النفقة اتحاد الدين إذ هي وجبت بسبب الولادة والجزئية كما تشير الآية الكريمة التي اقتضت ايجابها. ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ .

فإن قوله، وعلى المولود له، يشير إلى أن علة الإيجاب هي الولادة والجزئية، وهذا المعنى ثابت سواء اتحد الدين أو اختلف ولأن إحياء الجزء كإحياء النفس يجب في جميع الأحوال.

فتجب نفقة الابن المسلم على أبيه ولو كان غير مسلم، وكذلك إذا ارتد الولد وكان يعقل الأديان اعتبرت ردته شرعاً كما هو رأى أبي حنيفة ومحمد، تجب له النفقة رغم ردته على أبيه المسلم.

أما عند أبي يوسف فلا عبرة بهذه الردة مادام لم يبلغ وإذن يكون الأمر على رأيه ظاهراً. أما إذا كان الأب غير موجود أو كان فقيراً وعاجزاً عن التكسب، لمرض أو كبر سن أو غير ذلك. كانت نفقة الأولاد، على من يوجد من الأصول بعد الأب، ذكراً كان أو أنثى، واحداً كان أو متعدداً. فإن كان واحداً وتوفرت شروط وجوب النفقة وجبت عليه النفقة شرعاً.

فإن كانت له أم فقط وجبت عليها النفقة وإن كان له جد فقط وجبت عليه النفقة.

وإن تعدد الأصول : فإن كانوا جميعاً وراثين وجبت النفقة عليهم جميعاً، على حسب ميراثهم من غير نظر إلى قرب الدرجة أو بعدها إذا اختلفت درجة قربهم من الأولاد الواجبة لهم النفقة.

فإن كان لمن تجب له النفقة أم وجد صحيح، كانت النفقة عليهما أثلاثاً الثلث على الأم والثلثان على الجد وان كانت له جدتان ، أم أم ، وأم أب، فالنفقة عليهما بالتساوى تبعاً للميراث، ويستوى أن تكون الجدتان فى درجة قرابة واحدة أو فى درجتين مختلفتين.

وإن كان له جد، وجدة أم أم، فعلى الجدة السدس، وعلى الجد الباقى بنسبة الميراث. ولو كان له جدة أم أم ، وجدة أم أب، وجد، فعلى الجدتين السدس، مناصفة بينهما وعلى الجد الباقى كما هو نصيبهم فى الميراث.

وإن كان له أبو أبى أب، وأم أم، فعلى أم الأم السدس وعلى أبى أبى الأب الباقى بنسبة الميراث.

وإن كانوا جميعاً غير وارثين فإن اختلفت درجة قربهم من مستحق النفقة كانت النفقة على أقربهم درجة.

فإن كان له أبو أم، وأم أبى أم، كانت النفقة على أبى الأم لأنه أقرب درجة من أم أبى الأم، وإن تساووا فى درجة القرابة كانت النفقة عليهم بالتساوى كما فى أبى أبى أم وأم أبى أم النفقة عليهما مناصفة.

وإن كان بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث فإن اختلفت درجة قربهم من مستحق النفقة كانت النفقة على الأقرب دون نظر إلى الميراث كما فى أم وجد لأم النفقة على الأم وحدها وكما فى أبى أم وأبى أبى أب، النفقة على أبى الأم وإن كان لا يأخذ شيئاً من الميراث لقربه.

وهذ هو القياس، والذى نص عليه ابن عابدين فى رسالته تحرر التقول فى نفقة الفروع والأصول وإن تساووا فى درجة القرب كانت النفقة على الوارث منهما دون غيره كما فى أبى أم وأبى أب، النفقة على أبى الأب لأنه الوارث.

وإذا كان للفقير الذى يستحق النفقة زوجة فلا تجب نفقتها على الأب ولا على غيره من الأصول وإن كان محتاجاً إليها لتخدمه وانما تجب على زوجها رغم فقره فتفرض عليه ويأذنها القاضى بالإستدانة ويؤمر من تجب نفقتها عليه شرعاً لو لم تكن متزوجة بأداء النفقة إليها على أن تكون ديناً على الزوج يرجع به عليه إذا أيسر أما إذا كان الفقير المستحق للنفقة محتاجاً إلى من يخدمه فإن نفقة خادمه من نفقته شرعاً فيجب على الأصل الواجبة عليه النفقة.

نفقة الأصول على الفروع

المراد بالأصول الآباء والأمهات والأجداد والجدات وإن علوا سواء أكانوا من جهة الأب أم من جهة الأم .

وهؤلاء الأصول تجب نفقتهم على فروعهم متى توفرت في الأصول والفروع الشرائط الآتية.

الشرط الأول: أن يكون الأصل فقيراً لا مال له، ولا يشترط أن يكون عاجزاً عن الكسب كما في الولد، بل سواء كان الأصل قادراً على الكسب أو غير قادر عليه فإن نفقته تجب على فرعه لأن الله أمر الإحسان إلى الوالدين ونهى عن إيذائهما كما أمر بمصاحبتهما في الدنيا بالمعروف ولو كانا كافرين، وليس من المعروف والإحسان إليهما أن يكلفا بالسعي والكد على الرزق بعد أن تقدم بهما العمر وانهكتهما الحياة وولدهما ينعم بالمال، بل يكون ايذاء وضرراً بهما وذلك يتنافى مع قوله تعالى : ﴿ اما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريماً واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا ﴾.

الشرط الثاني: أن يكون الفرع موسراً. ويتحقق يسار الفرع بما يكون لديه من مال يمكنه الإنفاق منه على نفسه وعياله وأصوله أو بقدرته على الكسب ولو لم يكن له مال، متى كان الفرع موسراً على هذا الوجه وجبت عليه النفقة لأصله وطولب بالسعي لأداء هذه النفقة فإن امتنع عن العمل أجبر على ذلك قضاء.

أما إذا كان مال الفرع أو كسبه لا يزيد عن حاجته وحاجة عياله، فلا يجب عليه لأصله نفقة مستقلة بل يجب عليه ديانة وقضاء أن يضمه إليه ليعيش معه ومع عياله- أباً كان الأصل أو أماً - لأن نفقة العدد لا تضيق بزيادة واحد. وإذا كان كسب الابن لا يزيد على نفقة نفسه وهو يعيش وحده وكان الأب عاجزاً عن الكسب وجب على الابن أن يضم إليه أباه ليعيش معه، لأن رعاية الاب الفقير

العاجز عن الكسب بسبب مرضه أو كبر سنه واجبة وليس من المروؤة تركه يموت جوعاً أو يسأل الناس اعطوه أو منعوه.

أما إذا كان الأب قادراً على التكسب في هذه الحالة فلا يجبر إلا من على ضمه إليه قضاء. وعلى الأب أن يعمل ويتكسب ما ينفق به على نفسه وذلك لأن ضم الأب إلى ولده في مثل هذه الحالة يؤدى إلى ضعف الولد وعجزه عن التكسب حيث أن والده القادر على العمل سيشاركه في قوته وإذا شاركه فيه لم يحصل الولد على غذائه الكامل، وذلك يؤدى إلى ضعف جسمه وضعف قدرته على مواصلة العمل وبالتالى يقل كسبه، وإذا قل كسبه لم يجد الأب ولا ابنه ما يفى بقوتهما وربما أدى ذلك إلى اهلاكهما ورسول الله ﷺ يقول : ﴿ ابدأ بنفسك ثم بمن تعول﴾. وإذا كان يجب على الابن الذى لا يريد كسبه على نفقة نفسه وهو يعيش وحده أن يضم إليه أباه العاجز عن الكسب، فإنه يجب عليه كذلك أن يضم إليه والدته الفقيرة سواء كانت قادرة على الكسب أو غير قادرة لأنها عاجزة حكماً بسبب أنوثتها.

وإذا كان للولد أب وأم كلاهما محتاج إلى النفقة، ولكن الولد لا يستطيع الإنفاق إلا على أحدهما فإن الأم تكون هى الأحق بوجوب هذه النفقة من الأب فى قول بعض فقهاء المذهب الحنفى لما روى عن معاوية القشيرى قال: ﴿قلت يا رسول الله من أبر؟ قال : أمك قلت ثم من قال : أمك، قلت ثم من قال :أمك، قلت ثم من قال: أباك: ثم الأقرب فالأقرب﴾. فإن هذا الحديث يدل على تقديم الأم على الأب فى البر والانفاق من البر فتكون الأم أحق به من الأب.

وذهب بعض فقهاء المذهب إلى أن الأب أحق من الأم لأن الأب، وجبت عليه وحده نفقة الولد فى صغره ولم تجب على الأم، والغرم على حسب الغرم. وقيل أن النفقة التى يستطيعها الابن والتى لا تكفى إلا أحدهما تقسم بينهما مناصفة.

هذا ولا يشترط فى وجوب نفقة الأصل على فرعه اتحاد الديانة لأن سبب النفقة الجزئية والبعضية وهذه لا تختلف باختلاف الدين.

سبب وجوب نفقة الأصول على الفرع وقواعد تطبيقها:

السبب في وجوب الانفاق على الأصول من الفروع هو درجة القرب فى الجزئية دون النظر إلى الإستحقاق فى الميراث.

وبناء على هذا الأصل فإنه يتبع فى تطبيق نفقة الأصول على الفروع القواعد الآتية:

أولاً : إذا لم يكن للأصل إلا ولد واحد، فإن نفقته تجب عليه وحده متى توفرت فيه شروط الانفاق.

ثانياً : إذا تعددت الفروع، فأما أن تكون هذه الفروع متحدة فى درجة القرابة وإما أن تكون مختلفة فيها.

- فإن تعددت واتحدت درجة قرابتها بأن كانوا جميعاً أولاداً. أو أولاد أولاد، وجبت عليهم نفقة الأصل بالتساوى، ذكوراً كان الفروع أو اناثاً أو أن بعضهم كان ذكراً وبعضهم كان أنثى وسواء أكانوا كلهم وارثين أم كان بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث وسواء تساووا فى الغنى أو تفاوتوا فيه، إلا إذا كان التفاوت فاحشاً فإن النفقة تقدر بحسبه على ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية فلو كان للأصل: بنت وولد موسران، وجبت نفقته عليهما مناصفة مع أن الولد يأخذ ضعف الأنثى ولو كان له ابنان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم وجبت النفقة عليهما مناصفة مع أن الابن غير المسلم لا يرث ولو كان له: ابن ابن، وبنت بنت، وجبت النفقة عليهما بالتساوى مع أن بنت البنت لا ترث لأنها من ذوى الأرحام.

- أما إذا تعددت الفروع واختلفت درجة قرابتهم من الأصل، فإن نفقة الأصل تجب على الأقرب وحده سواء أكان ذلك الأقرب وارثاً أم غير وارث وسواء كان ذكراً أم كان أنثى وسواء أكان متحداً معه فى الديانة أم كان مختلفاً معه فيها.

فلو كان للأصل: بنت ابن، وابن ابن ابن، كانت نفقته كلها على بنت الابن مع أن ارثه لهما لأنها أقرب درجة. ولو كان له بنت وابن ابن كانت نفقته على البنت وحدها مع أن ارثه لهما نصفان ومع أنهما يستويان فى الجزئية لأن البنت أقرب درجة للأصل من ابن الابن، ولو كان له، ابن غير مسلم وابن ابن مسلم كانت نفقته على الابن غير المسلم مع أن ابن الابن المسلم هو الذى يرث لأن الابن أقرب درجة ولو كان له بنت بنت وبنت ابن ابن كانت نفقته على بنت البنت فقط مع أن بنت ابن الابن هى الوارثة لأن بنت البنت أقرب درجة من بنت ابن الابن. وهكذا.

هذا ومما ينبغى ملاحظته دائماً أن هناك اختلافاً فى التطبيق فى الطريقة التى اعتبرها الحنفية وساروا عليها بين تعدد الفروع فى نفقة الأصول وبين تعدد الأصول فى نفقة الفروع وهم أنهم اعتبروا درجة القرابة فقط عند تعدد الفروع ولم ينظروا إلى الميراث أصلاً.

أما فى حالة تعدد الأصول فإنهم اعتبروا الارث مرة وأهملوه مرة أخرى، معتبرين عندئذ درجة القرب، مما ترتب عليه اضطراب التطبيق فى بعض الصور كما سبق أن أوضحناه.

زوجة الأب:

إذا كان للأب المستحق للنفقة زوجة، فإن كان محتاجاً إليها ولا يستطيع الاستغناء عنها لكبر أو لعجز أو لمرض، كانت نفقتها واجبة على ابنه لأنها من تمام نفقته.

أما إذا لم يكن محتاجاً إليها ولم تكن أم ولده فأرجح الأقوال فى المذهب الحنفى الذى يعتبر القانون الواجب التطبيق فيما لم يرد بشأنه نص خاص أن الولد

لا تجب نفقتها عليه. وكما تجب على الولد نفقة زوجة أبيه إذا كان محتاجاً إليها تجب عليه كذلك نفقة خادم له إذا كان محتاجاً إليه وكان الولد قادراً على ذلك.

نفقة الحواشي

يقصد بالحواشي هنا: الأقارب المحارم الذين ليسوا أصولاً ولا فروعاً، كالأخ وابن الأخ والعم والخال والعمة والخالة ونحوهم من كل قريب يحرم على قريبه أن يتزوج منه لو فرضنا أحدهما ذكراً والآخر أنثى إذا كانت قرابته نسبية، والمعتبر في وجوب نفقة الحواشي ، أن يكون القريب أهلاً للإرث في الجملة وإن لم يكن وارثاً بالفعل.

وعلى ذلك فإذا كانت القرابة قرابة غير نسبية كالأخوة من الرضاع أو أنها كانت قرابة نسبية ولكنها غير محرمية كأولاد الأعمام وأولاد العمات والخالات أوأنها كانت نسبية محرمية ولكن صاحبها ليس أهلاً للميراث في الجملة كالأخوة المخالفين في الديانة فلا تجب للقريب على قريبه نفقة لقوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾.

شروط وجوب نفقة الحواشي:

يشترط لوجوب نفقة الحواشي الشروط الآتية:

الشرط الأول: الاتحاد فى الديانة، بأن يكون من تجب له النفقة متحداً فى الديانة مع من تجب عليه لأن سبب وجوب هذه النفقة هو القرابة المحرمية مع استحقاق الارث فى الجملة ولا توارث عند اختلاف الدين إذ هو مانع من موانع الارث.

وعلى هذا لو كان للأخ المسلم المستحق للنفقة أخوان موسران: أحدهما مسلم والآخر غير مسلم كانت نفقته على أخيه المسلم وحده.

الشرط الثاني: أن يكون القريب الذى تجب له النفقة فقيراً عاجزاً عن الكسب لصغر أو أنوثة أو مرض مزمن يقعده عن العمل فلو كان قادراً على الكسب لا تجب له على قريبه النفقة ولو لم يكن له مال، لأن الذى يستطيع التكسب يعتبر غنيا بكسبه.

الشرط الثالث: أن يكون المطالب بالنفقة موسراً بماله لأن النفقة على ذوى الرحم المحرم صلة والصلات لا تجب إلا على الأغنياء. وعلى ذلك لا تجب هذه النفقة على القريب المعسر ولو كان قادراً على الكسب.

حد اليسار:

اختلف فقهاء الحنفية فى حد اليسار الذى يتعلق به وجوب النفقة والذى عليه العمل ويجرى بمقتضاه القضاء، أن الموسر من كان فى كسبه فضل عن نفقته ونفقة عياله تكفى للإنفاق على قريبه[1].

هذه هى شروط وجوب نفقة الحواشى، فإذا توفرت وجبت النفقة وإذا فاتت أو فات بعضها لم تجب هذه النفقة.

على أن وجوب هذه النفقة منوط بقضاء القاضى بها أو التراضى عليها ويترتب على ذلك أنه لو ظفر فقير الحواشى بما هو من جنس النفقة من مال قريبه فليس له أن يأخذه قبل القضاء أو التراضى بخلاف نفقة الفروع والأصول.

---

(1) حد اليسار الذى يتعلق به نفقة الأقارب مختلف فيه بين فقهاء الحنفية على قولين:

الأول: لأبى يوسف وقد قدره بملك النصاب فى الزكاة زائداً عن الحوائج الأصلية وذلك لأن النفقة من باب الصلة والبر والصلات كالصدقات لا تجب إلا على الأغنياء وحد الغنى الذى يتعلق به وجوب الزكاة هو : ملك النصاب زائد عن الحوائج الأصلية.

الثانى: لمحمد بن الحسن وعنده أن اليسار يتحقق بأن يكون للقريب الذى تجب عليه النفقة كسب دائم يكفى حاجته ويزيد عليها فحينئذ تجب عليه النفقة فى هذه الزيادة ولو لم تبلغ نصاب الزكاة سد الحاجة القريب ومنعاً له من الهلاك. وقد وصف فقهاء الحنفية قول محمد بن الحسن بأنه الأوفق و لأرفق بالناس ولذلك جرى عليه التطبيق القضائى.

تطبيقات عملية على نفقة الحواشي:

نفقة الحواشى كما ذكرنا أساسها القرابة النسبية المحرمية وأهلية الارث فى الجملة، وينبنى على ذلك أن من تجب له النفقة أما أن يكون له قريب واحد قادراً على الإنفاق عليه أو أكثر من قريب كذلك.

- فإن كان له قريب واحد وجبت عليه النفقة وحده.
- أما إذا كان له أكثر من قريب فإن النفقة تجب عليهم باعتبار الارث.
- فإن كانوا كلهم وارثين بالفعل وزعت عليهم النفقة بحسب انصباتهم في الميراث.
- فلو كان المستحق لنفقة أخ لأب وأخ لأم، وجبت النفقة عليهما على حسب ميراثهما على الأخ لأم السدس لأن ميراثه السدس، وعلى الأخ لأب الباقى لأنه يرث الباقى تعصيباً.
- ولو كان له أخت لأب وعم شقيق وأخت لأم فعلى الأخت لأب النصف وعلى الأخت لأم السدس وعلى العم الثلث لأن نصيب الأخت لأب النصف فرضاً والأخت لأم السدس فرضاً والعم الباقى تعصيباً وهو الثلث.
- ولو كان لمستحق النفقة عمة وخالة كانت النفقة عليهما اثلاثاً على العمة الثلثان وعلى الخالة الثلث تبعاً لميراثهما.
- أما إذا كان بعضهم وارثاً بالفعل والآخر غير وارث فإن النفقة تجب على الوارث بالفعل فقط.
- فلو كان لمستحق النفقة أخ شقيق وأخ لأب وأخ لأم وعم كانت نفقته واجبة على الشقيق والأخ لأم على الأخ لأم السدس لأنه نضيبه فى الميراث السدس وعلى الأخ الشقيق الباقى لأنه عاصب يأخذ الباقى ولا شئ على الأخ لأب ولا على العم لأنهما محجوبين عن الارث بالأخ الشقيق.

- ولو كان لمستحق النفقة عم شقيق وخال كانت النفقة على العم وحده لأنه الوارث ولا شئ على الخال لأنه من ذوى الأرحام وهم لا يرثون مع وجوب العاصب.
- ولو كان لمستحق النفقة خال وابن عم فإن النفقة كلها تكون على الخال وإن كان لا يرث مع ابن العم.

ذلك لأنه وان لم يكن وارثاً بالفعل إلا أنه أهل للميراث فى الجملة، وهذه الأهلية هى المعتبرة فى هذه الحالة لا حقيقة الارث.

أما ابن العم فإنه وإن كان هو الوارث بالفعل هنا إلا أنه فقد شرطاً من شروط وجوب النفقة وهو كونه ليس بمحرم فلم تجب عليه النفقة.

تعدد الأقارب من أصناف مختلفة

الأحكام التى سبق أن ذكرناها فى وجوب نفقة الفروع على الأصول وفى نفقة الأصول على الفروع وفى نفقة الحواشى كانت مقصورة على ما إذا كان لمستحق النفقة أصول فقط أو فروع فقط أو حواشى فقط واحداً كان أو أكثر.

أما إذا كان من يستحق النفقة له أقارب من أصناف مختلفة فذلك يختلف بإختلاف أصناف هؤلاء الأقارب.

واجتماع أصناف الأقارب له حالات أربع هى:

الحالة الأولى: أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول.

الحالة الثانية: أن يكون له فروع وحواشى.

الحالة الثالثة: أن يكون له أصول وحواشى.

الحالة الرابعة: أن يكون له فروع وأصول وحواشى.

وفيما يلى بيان حكم كل حالة:

الحالة الأولى: إجتماع الفروع والأصول.

إذا وجد لمستحق النفقة أقارب من فروعه وأقارب من أصوله وتوافرت فيهم جميعاً شروط وجوب النفقة فإما أن يكونوا جميعاً متحدين في درجة القرابة لمن وجبت له النفقة وإما أن يكونوا متفاوتين فيها.

١-فإن كانوا متفاوتين في درجة القرابة كانت النفقة على الأقرب درجة سواء كان وارثاً أو غير وارث، فمن كان له: جد لأب وابن ابن ابن، كانت النفقة على الجد لأب وحده، ولا شئ على ابن ابن الابن مع أن نصيبه في الميراث أكثر من نصيب الجد لأب، وذلك لأن الجد أقرب درجة من ابن ابن الابن، وكذلك لو كان لمستحق النفقة : أب وابن ابن، كانت النفقة على الأب دون ابن الابن لأن الاب أقرب درجة من ابن الابن.

- ولو كان لمستحق النفقة جد لأم وابن ابن ابن كانت النفقة على الجد لأم وحده ولو لم يكن وارثاً لأنه أقرب درجة.
- ولو كان له: أب وأم وابن ابن، كانت النفقة على الأب وحده لأن الأب لا يشاركه أحد في [illegible] أولاده.

هذا إذا تفاوت الأقارب من الفروع والأصول في درجة القرابة.

٢- أما إذا اتحدت درجة الفروع والأصول فإن النفقة تجب عليهم بنسبة ميراثهم ممن وجبت له النفقة إلا إذا كان فيهم ابن أو بنت فإن النفقة تجب على الابن أو البنت وذلك لقيام الدليل الشرعي على إختصاص الولد بنفقة أبيه، وهو أن للأب شبهة حق وملك في مال ولده لقوله ﷺ ﴿أنت ومالك لأبيك﴾

وكما اختص الولد بنفقة أبيه اختص كذلك الأب بنفقة ولده من غير أن يشاركه فيها أحد مادام قادراً عليها ولو عن طريق التكسب.

- وعلى ذلك لو كان لمستحق النفقة: جد لأب وابن ابن، فإن النفقة تكون واجبة عليهما بنسبة ميراثهما على الجد السدس وعلى ابن الابن خمسة أسداسها لاتحادهما في الدرجة وليس أحدهما ابن أو بنت

- ولو كان له: أب وبنت، فإن النفقة تكون واجبة على البنت لا يشاركها فيها الأب والحكم كذلك لو كان له: أم وابن أو أم وبنت أو أب وابن حيث تجب النفقة كلها على الابن أو البنت حسب الأحوال.
- وإذا كان لمستحق النفقة جد لأب وبنت بنت فإن النفقة كلها تجب على الجد لأب ولا شئ على بنت البنت لأن الجد هو الوارث وحده، واما بنت البنت فهي من ذوى الأرحام فلا ترث مع وجود الجد لأب، هذا ومما تجدر الإشارة إليه، أن المعول عليه عند اختلاف الفروع والأصول في درجة القراب، هو قرب الدرجة بقطع النظر عن الميراث ولذلك فقد تجب النفقة على الأقرب درجة وإن كان غير وارث ولا تجب على الأبعد وإن كان هو الوارث كما لو كان لمستحق النفقة: جد لأم وابن ابن ابن فإن النفقة تجب على الجد لأم وهو غير وارث[1].

الحالة الثانية: اجتماع الفروع والحواشي:

إذا اجتمع لمستحق النفقة وهو الأصل، فروع وحواشي وتوافرت فيهم شروط وجوب النفقة، فإن النفقة تكون واجبة على الفروع فقط ولا شئ على الحواشي ولو كانوا وارثين لأن المعول عليه هنا هو: الجزئية والبعضية بقطع النظر عن القرب والميراث.

- وعلى ذلك لو كان للأصل: بنت وأخت فإن النفقة تجب على البنت وحدها وإن كانت الأخت ترث نصف التركة.

---

(1) يلاحظ هنا أن بعض مسائل هذه الحالة حالة إجتماع الفروع والأصول، يتعارض مع بعض أحكام قاعدة إجتماع الأصول فقط، كما لو كان لمستحق النفقة: أم وجد لأب وابن ابن فإن مقتضى قاعدة اجتماع الفروع والأصول أن تكون النفقة على الأم وحدها لأنها أقرب درجة من أب الأب وابن الابن.

وتقضى قاعدة إجتماع الأصول وحدهم: لو اجتمع مع الأم جد لأب فإن النفقة تكون عليهما نسبة ميراثهما، وهذا أمر غريب نشأ عنه اضطراب القاعدة الأولى.

- ولو كان له : بنت بنت وأخ لأب فإن النفقة تكون واجبة على بنت البنت وحدها ولو كانت مختلفة معه فى الديانة ولا شئ على الأخ لأب مع أنه الذى يستحق الميراث كله.

الحالة الثالثة : إجتماع الأصول والحواشي:

إذا وجد لمستحق النفقة أقارب من الأصول والحواشي وتوافرت فيهم شروط الوجوب فإما أن يكون كل من الصنفين وارث. وإما أن يكون بعضهم وارثاً والبعض الآخر غير وارث.

- فإن كان بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث فإن النفقة تكون على الأصول وحدهم ولو كانوا غير وارثين. بل ولو كان الحواشى أقرب من الأصول، وذلك لترجيح الجزئية على غيرها.
- فإذا كان لمستحق النفقة جد لأم وأخ شقيق كانت النفقة على الجد لأم وحده مع أن الأخ الشقيق هو الذى يأخذ كل الارث.
- ولو كان له: أب وأم وأخ شقيق كان النفقة على الأب وحده ولا شئ على الأم ولا على الأخ وذلك لأن الأخ الشقيق من الحواشى وقد اجتمع مع الأصول فكانت النفقة على الأصول وكذلك لا شئ على الأم لأنه وكما قلنا لا يشارك الأب أحد فى نفقة ولده، لأنه غنم نسبه فيكون عليه غرم الانفاق عليه.
- ولو كان له: جد لأب وعم شقيق كانت النفقة على الجد لأب وحده لأنه الأصل ولأنه أيضاً الوارث الوحيد.

أما لو كان له : جد لأب وأخ شقيق فإنه على رأى أبى حنيفة تكون النفقة كلها على الجد لأب لأن الأخ الشقيق لا يرث مع وجود الجد لأب عنده لأن الجد ينزل منزلة الأب.

أما على رأى الصاحبين-أبى يوسف ومحمد- ، فإن النفقة تكون عليهما بنسبة ميراثهما. وذلك لأن الأخوة يقاسمون الجد وقد كان العمل جارياً فى المحاكم على رأى أبى حنيفة قبل صدور قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ باعتباره القول

الراجح فى المذهب الحنفى فلما صدر هذا القانون وجعل الجد يشارك الأخوة فى الميراث كانت النفقة عليهما بحسب ميراثهما لأن النفقة تتبع الميراث ومن ثم يكون على الجد النصف وعلى الأخ الشقيق النصف.

هذا إذا كان أحد الصنفين وارثاً والآخر غير وارث.

- أما إذا كان الصنفان وارثين فإن النفقة توزع عليهم بنسبة الارث كما فى حالة الجد لأب والأخ الشقيق المشار إليها آنفاً.
- وكما لو كان له: أم وأخ لأب فإن النفقة تجب عليهما معاً، لأن كلاً منهما وارث على الأم الثلث وعلى الأخ الأب الثلثان.
- ولو كان لمستحق النفقة: جدة لأم وأخ لأب فعلى الجدة لأم السدس وعلى الأخ لأب الباقى على حسب الميراث.

الحالة الرابعة: اجتماع الفروع والأصول والحواشي:

إذا وجد لمستحق النفقة جميع القرابات أى وجد له أصول وفروع وحواشى وتوفرت فيهم جميعاً شروط وجوب النفقة، فلا تجب النفقة إلا على الفروع والأصول ولا تجب على الحواشي لسقوطهم بالفروع.

وبسقوط الحواشي من الوجوب يرجع الحكم إلى وجود أصول وفروع فقط وعلى ذلك فإنه تطبق القواعد التى سبق أن ذكرناها فى إجتماع الأصول والفروع وهى أن النفقة تجب على أقربهم درجة دون اعتبار للإرث عند الإختلاف فى درجة القرب.

وإذا تساووا فى درجة القرب اعتبر الارث إلا إذا وجد دليل مرجح يقتضى العدول عن ذلك الأصل كما فى اختصاص الأب بنفقة ولده.

توزيع النفقة عند إعسار بعض الأقارب:

إذا كانت نفقة الأقارب تجب على الأقارب الموسرين، ولا تجب على الأقارب الفقراء إلا أن كيفية توزيعها على الموسرين منهم يختلف بإختلاف ما إذا كان القريب الفقير يستحق كل الميراث أو أنه يستحق بعضه فقط.

- فإن كان يستحق كل الميراث فإنه يفرض معدوماً أى غير موجود حتى يتأتى اعتبار الآخرين وارثين وحينئذ تفرض النفقة عليهم بحسب أنصبائهم فى الميراث.
- فلو كان لمستحق النفقة ابن معسر وأخ شقيق وأخ لأب وأخ لأم، موسرون، فإن الابن يستحق كل التركة ويحجب الأخوة جميعاً وإذا كان كذلك يفرض معدوماً، وإذا فرض معدوماً فإن التركة توزع على الأخوة فيكون للأخ لأم سدس التركة فرضاً ويكون للأخ الشقيق باقى التركة تعصيباً ولا يستحق شيئاً من الميراث، الأخ لأب لحجبه بالأخ الشقيق. وعلى ذلك فتجب نفقة هذا الفقير على الأخ لأم السدس وعلى الأخ الشقيق خمسة أسداسها.
- ولو كان له: أخ شقيق معسر، وأخ وأخت لأب موسران، اعتبر الأخ الشقيق ميتاً، لأنه يستحق كل التركة وبالتالى تجب النفقة على الأخ والأخت لأب اثلاثاً على حسب نصيب كل منهما فى الميراث.
- أما إذا كان المعسر لا يستحق كل الميراث فإنه لا يفرض ميتاً، بل تقسم النفقة عليه وعلى الموسرين بنسبة سهامهم ثم نضيف نصيب المعسر على الموسرين بحسب سهامهم فى الميراث.
- فلو كان لمستحق النفقة: أخت لأب وأخت لأم معسرتان وأم وأخت شقيقة موسرتان كانت نفقته عليهم بحسب الميراث لكن لما كانت الأخت لأب والأخت لأم معسرتان ولا تحوز واحدة منهما كل الميراث بل بعضه فقط فإن ما يخص المعسرتان يجب على الأم الموسرة وعلى الأخت الشقيقة الموسرة كذلك.

ولمعرفة ما يجب على كل من الأم والأخت الشقيقة فإن النفقة توزع على مرحلتين.

المرحلة الأولى: لمعرفة ما يجب على كل قريب موسر أو معسر .

المرحلة الثانية: لمعرفة ما يخص كل من الأم والأخت الشقيقة على النحو التالى:

- الأخت لأب سدس النفقة والأخت لأم سدس النفقة والأم سدس النفقة والأخت الشقيقة نصف النفقة.
- ثم يوزع نصيب الأختين المعسرتين وهو الثلث على الأم والأخت الشقيقة بحسب سهامها في الميراث فيكون على الأم ربع النفقة وعلى الأخت الشقيقة ثلاثة أرباع النفقة بنسبة ١ : ٣ .
- ولو كان لمستحق النفقة بنت معسرة وأخت شقيقة وأخت لأب، وأخت لأم موسرات، فإن البنت المعسرة لا تستحق كل التركة ومن ثم لا تفرض ميتة، بل توزع النفقة على الجميع بحسب الميراث على البنت المعسرة بمقدار النصف والأخت الشقيقة بمقدار النصف لأنها عصبة مع البنت ولا شئ على الأخت لأب، والأخت لأم، حيث لا ميراث لهما ثم يضاف نصيب البنت المعسرة على الأخت الشقيقة فتكون النفقة كلها واجبة على الأخت الشقيقة.

ونكتفي بهذا القدر الذى وفقنا الله لجمعه من أحكام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب ونحمد الله تعالى أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، ونصلى على سيدنا [redacted] وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

ملحق

بأهم القوانين الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية

فيما يلي نصوص القوانين أرقام ٢٥ لسنة ١٩٢٠ و ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ومذكرته التفسيرية و١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

أولاً : القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ خاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية (١).

مادة ١(٢): تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين. ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة.

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضي به الشرع.

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج، أو خرجت دون إذن زوجها.

ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية دون إذن زوجها في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

---

(١) الوقائع المصرية في ١٥ يولية سنة ١٩٢٠ وجه واحد من العدد ٦١

(٢) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - الجريدة الرسمية - العدد ٢٧ (تابع) في ٤ يولية سنة ١٩٨٥.

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى.

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية.

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج، ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى.

مادة ٢ : المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق.

مادة ٣ : (ألغيت بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩).

مادة ٤ : إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال وإن ادعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالا، وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

مادة٥: إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله. وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل.

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة، طلق عليه القاضي.

وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة.

مادة ٦ : تطليق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعياً، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للإنفاق فى أثناء العدة، فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة.

مادة ٧ : (ألغيت بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) .

مادة ٨ : إذا جاء المفقود أو لم يجئ وتبين أنه حى فزوجته له، ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول. فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول.

مادة ٩ : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به. فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها. فلا يجوز التفريق.

مادة ١٠ : الفرقة بالعيب طلاق بائن.

مادة ١١ : يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها.

مادة ١٢ : (ألغيت بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩).

مادة ١٣ : على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون، ويسرى العمل به من تاريخ نشره فى الوقائع المصرية.

ثانياً : المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية[١]

مادة ١ : لا يقع طلاق السكران والمكره.

مادة ٢: لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شئ أو تركه لا غير.

مادة ٣ : الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة.

مادة ٤: كنايات الطلاق وهى ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية.

مادة ٥: كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً فى هذا القانون والقانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠.

مادة ٥ مكرراً[٢]: على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق.

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها، وفق الإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل.

وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج من الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به.

مادة ٦: إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة

---

(١) الوقائع المصرية فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٩ صفحة ٢ من العدد ٢٧.

(٢) مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الجريدة الرسمية – العدد ٢٧(تابع) فى ٤ يولية سنة ١٩٨٥.

إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد (٧و٨و٩و١٠و١١)

مادة ٧[١]: يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

مادة ٨[٢]:

(أ) يشمل قرار بحث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك. وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدما تقريرهما أعتبرتهما غير متفقين.

مادة ٩[٣]: لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره.

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

مادة ١٠[٤]: إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

---

(١) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

(٢) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

(٣) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

(٤) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

(٤) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

١- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

٢- وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

٣- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

٤- وإن جهل الحال فلم يعرف المسيئ منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل.

مادة ١١(١): على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بنى عليها فإن لم يتفقا بعثهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨) وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض.

مادة ١١ مكررا ٢ : على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الإجتماعية، فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول.

---

(١) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

(٢) مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها.

فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة . ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً. ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى.

وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك.

مادة ١١ مكرراً ثانياً : إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف [redacted] الزوجة من تاريخ الإمتناع.

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن.

وللزوجة الإعتراض على هذا أمام المحكمة الإبتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان، وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها.

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الإعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد.

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون.

مادة ١٢: إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

مادة ١٣: إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها.

فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة.

وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا أعذار وضرب أجل.

مادة ١٤: لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

مادة ١٥: لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة.

مادة ١٦(١): تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أوعسراً على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية.

وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ.

---

(١) مستبدلة بالقانون رقم ١ لسنة ١٩٨٥

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً، بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذى يفى بحاجتهم الضرورية.

مادة ١٧: لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق.

كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق.

مادة ١٨ : لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صدوره إلا بمقدار ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق.

مادة ١٨ مكرراً[1]: الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط.

مادة ١٨ مكرراً ثانياً: إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه:

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه.

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم.

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم.

---

(١) مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

مادة ١٨ مكرراً ثالثاً : على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة.

ويخير القاضى الحاضنة بين الإستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها.

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها[1].

مادة ١٩: إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى مالا يصح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً فيحكم مهر المثل. وكذلك الحكم عند الإختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما.

مادة ٢٠[2]: ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك.

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين.

---

(١) الغت المحكمة الدستورية العليا بعض أحكام المادة ١٨ مكرر ثالثا كما سبق أن أوضحنا ذلك فى صـ٢٥٧

(٢) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً، نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً.

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى فان تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها.

ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء، مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى.

الأم ، فأم الأم وإن علت ، فأم الأب وإن علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوات، فبنت الأخت لأب، فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فالعمات بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور، فخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور.

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء، أو لم يكن منهن أهل للحضانة، أو انقضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق فى الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء، انتقل الحق فى الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتى:

الجد لأم ، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم.

مادة ٢١ : يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده.

وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة أن كان المفقود حياً أو ميتاً.

مادة ٢٢ : بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم.

مادة ٢٣: المراد بالسنة فى المواد من (١٢ إلى ١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً.

مادة ٢٣ مكرراً[1]: يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكرراً) من هذا القانون.

كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الإجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر فى المادة ١١ مكرراً.

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً إذا أخل بأى من الإلتزامات التى فرضها عليه القانون. ويجوز أيضاً الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة.

مادة ٢٤: تلغى المواد (٣ و ٧ و ١٢) من القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ التى تتضمن أحكاماً بشأن النفقة ومسائل أخرى متعلقة بالأحوال الشخصية.

مادة ٢٥: على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية.

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة.

صدر بسراى عابدين فى ٢٨ رمضان سنة ١٣٤٧ (١٠ مارس سنة ١٩٢٩) .

---

(١) مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

ثالثاً: المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩:

١- الطلاق

شرع الطلاق فى الإسلام ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجية إذا تحقق أن المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجية أصبح غير ميسور فللرجل أن يوقع الطلاق مستقلاً بإيقاعه إذا علم ذلك. وللمرأة أن تطلب إلى القاضى التطليق إذا علمت ذلك بعد أن يلحقها الضرر لأى سبب من الأسباب الموجبة.

وجمهور الفقهاء على أن ايقاع الطلاق لغير سبب شرعى حرام أو مكروه يدل على ذلك ما رواه أبو داود عن النبى ﷺ ﴿ ما أحل ا لله شيئاً أبغض إليه من الطلاق﴾ وفى رواية عنه ﴿ أبغض الحلال إلى ا لله الطلاق﴾ .

وقد شرع الطلاق على أن يوقع دفعات متعددة ﴿ **الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان. ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود ا لله. فإن خفتم ألا يقيما حدود ا لله فلا جناح عليهما فيما افتدت به. تلك حدود ا لله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود ا لله فأولئك هم الظالمون. فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره**﴾.

فالآية الكريمة تكاد تكون صريحة فى أن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة وجعلت دفعات الطلاق ثلاثاً ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتمال ولتجرب المرأة نفسها أيضاً حتى إذا لم تفد التجارب ووقعت الطلقة الثالثة علم أنه ليس فى البقاء خير وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى.

فالواقع أن الدين الإسلامى مع اباحته الطلاق قد ضيق دائرته وجعل هذه الإباحة مقصورة على الحالات التى لا يمكن فيها للزوجين أو أحدهما إقامة حدود ا لله ولو أن الناس لزموا حدود ا لله واتبعوا شريعته لما وقعت شكوى من قواعد الطلاق ولبقيت العائلة الإسلامية متينة العرى يرفرف عليها الهناء ولكن ضعف الأخلاق وتراخى عرى المروءات أو جد فى العائلة الإسلامية وهنا وجعل هناءها

يزول بنزقة من طيش ويمين يحلفها الأحمق فى ساعة غضبه أو للتخلص من موقفه أمام دائن أو ظالم.

والمرأة المسلمة مهددة على الدوام بالطلاق لا تدرى متى يحصل وقد لا يدرى الرجل نفسه متى يحصل فإن الحالف بالطلاق والمعلق له على شئ من الأشياء التى يفعلها أجنبى لا يدرى متى تطلق امرأته.

فسعادة الزوجين والأولاد والأسرة قد ترتبط بعمل من الأعمال الخارجة عن إرادة رب الأسرة وعن إرادة سيدة الأسرة.

وكثير من هذا سببه آراء جمهور الفقهاء الذين يوقعون الطلاق المعلق واليمين بالطلاق والطلاق الثلاث بكلمة واحدة ويوقعون المعلق قبل الزواج إذا علق على الزواج نفسه كما هو رأى الحنفية.

وهذه الآراء كانت منبع شقاء العائلة وكانت سبباً فى تلمس الحيل وافتنان الفقهاء فى ابتداع أنواعها.

ومن الواجب حماية الشريعة المطهرة وحماية الناس من الخروج عليها وقد تكفلت بسعادة الناس دنيا وأخرى وأنها بأصولها تسع الأمم فى جميع الأزمنة والأمكنة متى فهمت على حقيقتها وطبقت على بصيرة وهدى.

ومن السياسة الشرعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها وأن يرجع إلى آراء العلماء لتعالج الأمراض الإجتماعية كلما استعصى مرض منها حتى يشعر الناس بأن فى الشريعة مخرجاً من الضيق وفرجاً من الشدة.

لهذا فكرت الوزارة فى تضييق دائرة الطلاق بما يتفق مع أصول الدين وقواعده ويوافق أقوال الأئمة وأهل الفقه فيه ولو من غير أهل المذاهب الأربعة فوضعت مشروع القانون بما يتفق مع ذلك.

وليس هناك مانع شرعى من الأخذ بأقوال الفقهاء من غير المذاهب الأربعة خصوصاً إذ كان الأخذ بأقوالهم يؤدى إلى جلب صالح عام أو رفع ضرر عام بناء على ما هو الحق من آراء علماء أصول الفقه.

وقد بنى مشروع القانون فى هذا الموضوع على المبادئ الآتية:

١- طلاق السكران والمكره:

طلاق السكران لا يقع بناء على قول راجح لأحمد وقول في المذاهب الثلاثة ورأى كثير من التابعين وأنه لا يعرف عن الصحابة قول فيه بالوقوع.

وطلاق المكره لا يقع بناء على مذهب الشافعية والمالكية وأحمد وداود وكثير من الصحابة.

٢- ينقسم الكلاق إلى منجز وهو ما قصد به إيقاع الطلاق فوراً وإلى مضاف كأنت طالق غداً وإلى يمين نحو: على الطلاق لا أفعل كذا وإلى معلق كأن فعلت كذا فأنت طالق.

والمعلق إن كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل الشئ أوتركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان في معنى اليمين بالطلاق وان كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن في معنى اليمين. واليمين في الطلاق وما في معناه لاغ أما باقي الأقسام فيقع فيها الطلاق.

وقد أخذ في إلغاء اليمين بالطلاق برأى متقدمى الحنفية وبعض متأخريهم وهذا موافق لرأى الإمام على وشريح وداود وأصحابه وطائفة من الشافعية والمالكية. وأخذ في إلغاء المعلق الذى في معنى اليمين برأى الإمام على وشريح وعطاء والحكم بن عينية وداود وأصحابه وابن حزم. وقد وضعت المادة (٢) من مشروع القانون متضمنة أحكام هذه الأقسام.

٣- الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة وهو رأى محمد بن اسحق ونقل عن على وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير ونقل عن مشايخ قرطبة ومنهم محمد بن تقى بن مخلد ومحمد بن عبد السلام ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاووس وعمرو بن دينار وقد أفتى به عكرمة وداود وقال ابن القيم أنه رأى أكثر الصحابة ورأى بعض أصحاب مالك ورأى بعض الحنفية ورأى بعض أصحاب أحمد _مادة ٣ من المشروع).

٤- كنايات الطلاق وهي ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية دون دلالة الحال كما هو مذهب الشافعي ومالك.

والمراد بالكناية هنا ما كان كناية في مذهب أبي حنيفة (مادة ٤ من المشروع)

٥- أخذ بمذهب الإمام مالك والشافعي في أن كل طلاق يقع رجعياً إلا ما استثنى في المادة (٥) من المشروع.

ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو العنة أوإباء الزوج عن الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبي حنيفة.

٢- الشقاق بين الزوجين

الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداها إلى ما خلق الله بينهما من ذرية وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أومصاهرة وليس في أحكام مذهب أبي حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص ولا ما يرجع الزوج عن غيه فيحتال كل إلى ايذاء الآخر قصد الإنتقام.

تطالب الزوجة بالنفقة ولا غرض لها إلا احراج الزوج بتغريم المال. ويطالب الزوج بالطاعة ولا غرض له إلا أن يتمكن من إسقاط نفقتها وأن تنالها يده فيوقع بها ما شاء من ضروب العسف والجور. هذا فضلاً عما يتولد عن ذلك من أشكال في تنفيذ حكم الطاعة وتنفيذ بالحبس لحكم النفقة وما قد يؤدى إليه إستمرار الشقاق من الجرائم والآثام. تبينت الوزارة هذه الآثار واضحة جلية مما تقدم إليها من الشكايات فرأت أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب الإمام مالك في أحكام الشقاق بين الزوجين عدا الحالة التي يتبين للحكمين أن الإساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون ذلك داعياً لاغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر (المواد من ٦ إلى ١١).

٣- التطليق لغيبة الزوج أو لحبسه

كذلك قد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول كطلب العلم أوالتجارة أو لانقطاع المواصلات ثم لا هو يحمل زوجته إليه ولا هو يطلقها لتتخذ لها زوجاً غيره ومقام الزوجة على هذا الحال زمناً طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف أمر تحتمله الطبيعة فى الأعم الأغلب وإن ترك لها الزوج مالاً تستطيع الإنفاق منه.

وقد يقترف الزوج من الجرائم ما يستحق عقوبة السجن الطويل فتقع زوجته فى مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما تعالج به هذه الحالة ومعالجتها واجب اجتماعى محتم ومذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب الذى يترك لزوجته ما تنفق منه على نفسها إذا طالت غيبته سنة فأكثر وتضررت الزوجة من بعده عنها بعد أن يضرب له أجل ويعذر إليه بأنه إما أن يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها وإلا طلقها عليه القاضى هذا إذا أمكن وصول الرسائل إليه وإلا فيطلق القاضى عليه بلا ضرب أجل ولا أعذار.

وواضح أن المراد بغيبة الزوج هنا غيبته عنها بالإقامة فى بلد آخر غير بلد الزوجة أما الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة فى بلد واحد فهى من الأحوال التى يتناولها التطليق للضرر.

والزوج الذى حكم عليه نهائياً بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوى الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها كما يساوى الأسير فى ذلك فيجوز لزوجته طلب التطليق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير لأن المناط فى ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهراً عنه بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطليق إذا تضررت من بعد زوجها عنها (المواد من ١٢ إلى ١٤).

٤- دعوى النسب

بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن يثبت نسب ولد الزوجة في أى وقت أتت به مهما تباعد الزوجان فيثبت نسب ولد زوجة مشرقية من زوج مغربي عقد الزواج بينهما مع إقامة كل في جهته دون أن يجتمعا من وقت العقد إلى وقت الولادة اجتماعاً تصح معه الخلوة وذلك بناء على مجرد جواز الاجتماع بينهما عقلاً.

كذلك يثبت نسب ولد المطلقة بائناً إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق ونسب ولد المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الوفاه.

ويثبت نسب ولد المطلقة رجعياً في أى وقت أتت به من وقت الطلاق ما لم تقر بانقضاء العدة. والعمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدى إلى الجرأة على إدعاء نسب أولاد غير شرعيين وتقدمت بذلك شكاوى عديدة.

ولما كان رأى الفقهاء في ثبوت النسب مبنياً على رأيهم في أقصى مدة الحمل ولم يبن أغلبهم رأيه في ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كأبي حنيفة بنى رأيه في ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة فلم تر الوزارة مانعاً من أخذ رأى الأطباء في المدة التي يمكثها الحمل فأفاد الطبيب الشرعي بأنه يرى أنه عند التشريع تعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوماً حتى يشمل جميع الأحوال النادرة.

وبما أنه يجوز شرعاً لولى الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوى التي يشاع فيها التزوير والإحتيال ودعوى نسب ولد بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج وكذا دعوى نسب ولد من زوج لا يتلاق مع زوجته في وقت ما ظاهر فيها الاحتيال والتزوير. لذلك وضعت المادة (١٥) من مشروع القانون.

٥- النفقة والعدة

كان المتبع إلى الآن فى تقدير نفقة الزوجة على زوجها أن يراعى فى ذلك حال الزوجين معاً يساراً وإعساراً وتوسطاً فإن اختلف حال الزوجين بأن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً قدر للزوجة نفقة المتوسطين فإذا كان الزوج هو الموسر أمر بأداء ما فرض وإذا كان هو المعسر أمر بأداء نفقة المعسرين والباقي يكون ديناً عليه يؤديه إذا أيسر.

وبما أن هذا الحكم ليس متفقاً عليه بين مذاهب الأئمة الأربعة فمذهب الشافعي ورأى صحيح في مذهب أبي حنيفة لا تقدر نفقة الزوجة إلا باعتبار حال الزوج مهما كانت حالة الزوجة استناداً إلى صريح الكتاب الكريم **﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما أتاها سيجعل الله بعد عسراً يسراً - اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾**.

وبما أنه لا يجب أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه لأنها تعاقدت معه على أن ينفق عليها مما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال فكان من المصلحة الأخذ بمذهب الشافعي والرأى الآخر من مذهب أبى حنيفة فى تقدير نفقة الزوجة على زوجها. ولهذا وضعت المادة (١٦) من المشروع.

كذلك بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن بمقتضى القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ تستطيع المطلقة أن تأخذ نفقة عدة مدة طويلة بدون حق فإنها إذا كانت مرضعة قد تدعي أن الحيض لم يأتها طول مدة الرضاعة وهى سنتان ثم تدعى بعد ذلك أنه لا يأتيها إلا مرة واحدة كل سنة وقولها مقبول فى ذلك وتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة خمس سنين وإذا كانت غير مرضع قد تدعى أن الحيض يأتيها مرة واحدة فى كل سنة فتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة ثلاث سنين.

ولما كان هذا الإدعاء خلاف العادة الشائعة فى النساء كثرت شكوى الأزواج من تلاعب المطلقات واحتيالهن لأخذ نفقة عدة بدون حق.

فرأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى تعديل هذا الحكم بناء على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعى وهو أن أقصى مدة الحمل سنة وعلى أن لولى الأمر حق منع القضاة من سماع بعض الدعاوى التى شاع فيها التزوير والاحتيال فوضعت الفقرة الأولى من المادة (١٧) من مشروع القانون.

لاحظت الوزارة أن وضع المادة (٥) من الشروع قد يغرى بعض النساء على الدعاوى الباطلة بعد وفاة أزواجهن فيدعين كذباً أن عدتهن لم تنقض من حين الطلاق إلى وقت الوفاة وأنهن وارثات. وليس هناك من الأحكام الجارى عليها العمل الآن ما يمنعهن من هذه الدعاوى ما دام كل طلاق يقع رجعياً لأن الطلاق الرجعى لا يمنع الزوجة من الميراث إذا مات زوجها فى العدة ومن السهل على فاسدات الذمم أن يدعين كذبا أنهن من ذوات الحيض وأنهن لم يحضن ثلاث مرات ولو كانت المدة بين الطلاق والوفاة عدة سنين وعسير على الورثة أن يثبتوا انقضاء عدتها لأن الحيض لا يعلم إلا من جهتها. ودعوى اقرارها بانقضاء العدة لا تسمع إلا طبق القيود المدونة بالمادة (١٢٩) من لا ئحة ترتيب المحاكم الشرعية (القانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠) وهيهات أن تحقق هذه القيود. لهذا رؤى منع سماع دعوى الوراثة بسبب عدم انقضاء العدة إذا كانت المدة بين الطلاق والوفاة أكثر من سنة سواء كانت الدعوى من الزوجة أم من ورثتها من بعدها وذلك بناء على ما لولى الأمر من منع قضاته من سماع بعض الدعاوى الظاهر فيها التزوير وبناء على ما سبق بيانه من رأى الطبيب الشرعى قد وضعت الفقرة الثانية من المادة (١٧) من المشروع وإنما قيد عدم سماع الدعوى هنا بحالة الانكار لأنه لا مانع شرعاً من إقرار الورثة بمن يشاركهم فى الميراث.

ولما كانت أحكام النفقة تقدر من غير تحديد مدة رؤى من اللازم وضع الفقرة الأولى من المادة (١٨) مكملة لحكم المادة (١٧) لمنع تنفيذ أحكام النفقات بعد مضى سنه من تاريخ الطلاق.

غير أن هنالك من هذه الأحكام ما صدر طبقاً للتشريع الحالى فهل تنفذ هذه الأحكام لمدة ثلاث سنين أو خمس سنين طبقاً للتشريع الذى صدرت الأحكام

بمقتضاه مع سقوط ذلك التشريع من يوم العمل بالقانون الجديد أو يسرى حكم القانون الجديد على تلك الأحكام بناء على أنه هو القانون الوحيد الذى يجب العمل به لأنه حل محل القانون القديم رأت الوزارة فى هذا الموضوع أن تجعل مدة السنة تبتدىء من تاريخ الطلاق فوضعت الفقرة الثانية من المادة (١٨) من المشروع. لكن إذا كان وقت العمل بهذا القانون قد مضى على تاريخ الطلاق أكثر من سنة فلا تنفذ المطلقة إلا بما يكون مستحقاً لها من النفقة إلى حين العمل بهذا القانون لأنه أصبح حقاً مكتسباً لها والحقوق المكتسبة لا تمس.

٦- المهر

كانت المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (القانون نمرة ٣١ لسنة ١٩١٠) نصها هكذا : " يجب أن تكون الأحكام بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة وبما دون بهذه اللائحة وبمذهب أبى يوسف عند اختلاف الزوجين فى مقدار المهر" .

ولما صدر القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ وكان مشتملاً على أحكام غير ما استثنى فى المادة المذكورة زيد عليها الفقرة الآتية " ومع ذلك فإن المسائل المنصوص عليها فى القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ يكون الحكم فيها طبقاً لأحكام ذلك القانون".

والآن وقد وضع مشروع هذا القانون وهو يشتمل على أحكام غير ما استثنى بالمادة المشار إليها لم يكن بد من وضع استثناء آخر وهذا ما دعا الوزارة إلى أن تفكر فى وضع نص أعم لهذه المادة يغنيها عن التعديل كلما عن لها أن تضع لها أحكاماً لم ينص على استثنائها.

وفى الوقت نفسه لوحظ أن استثناء مذهب أبى يوسف عند اختلاف الزوجين فى مقدار المهر بالصيغة التى هو بها لا محل له مع إدخال أحكام عديدة ليست من أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة بل ليست من مذهب أبى حنيفة نفسه. فلهذا رؤى أن يوضع مذهب أبى يوسف عند اختلاف الزوجين فى مقدار

المهر بنصه الفقهى اكتفاء بذلك عن استثنائه بالصورة التى هو عليها فى المادة ٢٨٠ أما وجه اختيار مذهب أبى يوسف فى هذا الباب فوارد بالمذكرة التفسيرية التى وضعت لمشروع القانون نمرة ٣١ لسنة ١٩١٠ (المادة ١٩ من مشروع القانون).

٧- سن الحضانة

جرى العمل إلى الآن على أن حق الحضانة ينتهى عند بلوغ الصغير سبع سنين وبلوغ الصغيرة تسعاً وهى سن دلت التجارب عن أنها قد لا يستغنى فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة فيكونان فى خطر من ضمهما إلى غير النساء خصوصاً إذا كان والدهما متزوجاً بغير أمهما ولذلك كثرت شكوى النساء من انتزاع أولادهن منهن فى ذلك الوقت.

ولما كان المعول عليه فى مذهب الحنفية أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء عن خدمة النساء والصغيرة تسلم إليه عند بلوغ حد الشهوة وقد اختلف الفقهاء فى تقدير السن التى يكون عندها الاستغناء بالنسبة للصغير فقدرها بعضهم بسبع سنين وبعضهم قدرها بتسع وقدر بعضهم بلوغ حد الشهوة بتسع سنين وبعضهم قدره بإحدى عشرة.

رأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى أن يكون للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير بعد سبع والصغيرة بعد تسع فإن رأى مصلحتها فى بقائهما تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع فى الصغير واحدى عشرة فى الصغيرة وإن رأى مصلحتهما فى غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء (المادة ٢٠).

٨- المفقود

الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه أو بلغ من العمر تسعين سنة حسب أحكام مذهب أبى حنيفة الجارى عليها العمل بالمحاكم الشرعية أصبح لا يتفق الآن مع حالة الرقى التى وصلت إليها طرق المواصلات فى العصر الحاضر. فإن التخاطب بالبريد والتلغراف والتليفون وانتشار مفوضيات وقنصليات المملكة المصرية

فى أنحاء العالم جعل من السهل البحث عن الغائبين غيبة منقطعة (المفقودين) ومعرفة إن كانوا لا يزالون على قيد الحياة أو لا فى وقت قصير.

وقد عينت الوزارة قبل الآن بأمر زوجة المفقود فوضعت لها أحكاماً فى القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ من مذهب الإمام مالك (مادتى (٧،٨)) .

أما أمر ماله فقد ترك على الحالة الجارى عليها العمل من قبل بالمحاكم ولكن تبين من البحث وجود قضايا كثيرة بالمجالس الحسبية تختص بأموال المفقودين تستدعى الاهتمام والعناية بتصريف أمور هذه الأموال على وجه أصلح فقد بلغت هذه القضايا لغاية فبراير سنة ١٩٢٧: ١١٦٦ قضية منها ٧٦٧ قضية تقل قيمتها عن مائة جنيه أو مجهولة القيمة ومنها ٣٦ قضية تزيد قيمتها عن ألف جنيه والباقى قيمته بين هذين المقدارين لهذا رأت الوزارة أن تضع أحكام لأموال المفقود تصلح من الحالة الموجودة الآن وتتناسب مع حالة العصر الحاضر بقدر المستطاع. ولما كان بعض المفقودين يفقد فى حالة يظن معها موته كمن يخرج لقضاء حاجة قريبة ثم لا يعود أو يفقد فى ميدان القتال والبعض الآخر يفقد فى حالة يظن معها بقاؤه سالماً كمن يغيب للتجارة أو طلب العلم أو سياحة ثم لا يعود رأت الوزارة الأخذ بمذهب الإمام أحمد بن حنبل فى الحالة الأولى وبقول صحيح فى مذهبه ومذهب الإمام أبى حنيفة فى الحالة الثانية- ففى الحالة الأولى ينتظر إلى تمام أربع سنين من حين فقده فإذا لم يعد وبحث عنه فلم يوجد اعتدت زوجته عدة الوفاة وحلت للأزواج بعدها وقسم ماله بين ورثته، وفى الحالة الثانية يفوض أمر تقدير المدة التى يعيش بعدها المفقود إلى القاضى فإذا بحث فى مظان وجوده بكل الطرق الممكنة وتحرى عنه بما يوصل إلى معرفة حاله فلم يجده وتبين له أن مثله لا يعيش إلى هذا الوقت حكم بموته.

ولما كان الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة أنه لابد من حكم القاضى بموت المفقود وأنه من تاريخ الحكم بموته تعتد زوجته عدة الوفاة ويستحق تركته ورثته الموجودون وقته رؤى الأخذ بمذهبه فى الحالتين لأنه أضبط وأصلح للنظام فى

العمل فى القضاء. لهذا وضعت المادتان الحادية والعشرون والثانية والعشرون من هذا المشروع.

٩- أحكام عامة

سبق أن أوردنا فى الباب الخاص بدعوى النسب رأى الطبيب الشرعى فى مدة الحمل وأنه يرى عند التشريع اعتبار أقصاها ٣٦٥ يوماً حتى يشمل جميع الأحوال النادرة فلهذا رؤى تحديد السنة التى تذكر فى معرض أحكام النسب والعدة والتطليق لغيبة الزوج أو حبسه بما يتفق مع هذا الرأى. أما فيما عدا ذلك فالمراد بالسنة هو السنة الهجرية ولهذا وضعت المادة الثالثة والعشرون.

وإذ قد أصبحت المواد ٣ و ٧ و ١٢ من القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ لا ضرورة إليها بعد الأخذ بأحكام المشروع الحالى فقد تعين الغاؤها ولزم النص على ذلك فى المادة الرابعة والعشرين.

وقد رؤى من اللازم بمناسبة وضع هذا المشروع تعديل نص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب وإجراءات المحاكم الشرعية بما يلزم القضاة بالعمل بكل ما صدر أو يصدر من القوانين فى مسائل الأحوال الشخصية تفاديا من الأضرار إلى تعديلها كلما أريد اصدار قانون فى بعض تلك المسائل ولذلك وضعت المادة ٢٨٠ بصيغتها الجديدة.

وبناء على ما تقدم نتشرف بأن نرفع إلى مجلس الوزراء مشروعى القانونين لهذه المذكرة ونرجو إذا وافق المجلس أن يتكرم برفعهما لأعتاب حضرة صاحب الجلالة الملك لإصدار المرسوم اللازم ››

القاهرة فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٩

رابعاً: القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه، وقد أصدرناه:

المادة الأولى:

تضاف إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية مواد جديدة بأرقام: (٥ مكرراً)، (١١ مكرراً) (١١ مكرراً ثانياً)، (١٨ مكرراً)، (١٨ مكرراً ثانياً)، (١٨ مكرراً ثالثاً)، (٢٣ مكرراً) تكون نصوصها كالآتى:

مادة (٥ مكرراً)

على المطلق أن يوثق اشهاد طلاقه لدى المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق.

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة اشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها، وفق الإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل.

وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به.

مادة (١١ مكرراً):

على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الإجتماعية، فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول.

ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد إلا يتزوج عليها.

فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة. ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً، ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى.

وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك.

مادة (١١ مكرراً ثانياً)

إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع.

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن.

وللزوجة الإعتراض على هذا أمام المحكمة الإبتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان، وعليها أن تبين فى صحيفة الإعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعد قبول اعتراضها.

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد.

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات الموضحة فى المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون.

مادة (١٨ مكرراً) :

الزوجة المدخول بها صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط.

مادة (١٨ مكرراً ثانياً) :

إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه.

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه.

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره، وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم.

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم.

مادة (١٨ مكرراً ثالثاً) :

على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد إنقضاء مدة العدة.

ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها.

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثوه من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيه.

مادة (٢٣مكرراً):

يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أياً من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكرراً) من هذا القانون.

كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الإجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر فى المادة (١١ مكرراً).

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً إذا أخل بأى من الإلتزامات التى فرضها عليه القانون ويجوز أيضاً الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة.

المادة الثانية:

يستبدل بنص المادة (١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية النص الآتى:

مادة (١):

تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً حتى ولو كانت موسرة أو مختلفة معه فى الدين.

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة.

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقتضى به الشرع.

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج، أو خرجت دون إذن زوجها.

ولا يعتبرها سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية دون إذن زوجها فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة، ولا خروجها للعمل ما لم يظهر ان استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى. ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفى بحاجتها الضرورية.

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى.

المادة الثالثة:

يستدل بنصوص المواد ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١، ١٦، ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية النصوص الآتية:

مادة ٧:

يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

مادة (٨) :

(أ) يشمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك. وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين.

مادة (٩) :

لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره.

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

مادة (١٠)

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

١-فإن كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

٢-وإذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

٣-وإذا كانت الاساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة.

٤-وأن جهل الحال فلم يعرف المسيئ منهما اقترح الحكمان تطليقاً دون بدل.

مادة (١١) :

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التى بنى عليها، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدره على الاصلاح

وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨) وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الاثبات، وان عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أوبعضها والزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض.

مادة (١٦):

تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية.

وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ.

للزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً، بحيث لا يقل ماتقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذى يفى بحاجتهم الضرورية.

مادة (٢٠):

ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك.

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين.

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً، نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً.

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر انذره القاضى فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها.

ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء، مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى:

الأم، فأم الأم وإن علت، فأم الأب وإن علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوات، فبنت الأخت لأب، فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فالعمات بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور، فخالات الأب بالترتيب المذكور فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور.

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء، أو لم يكن منهن أهل للحضانة، أوانقضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق فى الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء، انتقل الحق فى الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتى:

الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم.

المادة الرابعة:

على المحاكم الجزئية أن تحيل دون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص المحاكم الإبتدائية بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك بالحالة التى تكون عليها.

وفى حالة غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أملا الاحالة إليه مع تكلف بالحضور فى المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى.

ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها، وتبقى خاضعة لأحكام النصوص السارية قبل العمل بهذا القانون.

المادة الخامسة:

يلغى كل ما يخالف أحكام هذا القانون.

المادة السادسة :

على وزير العدل أن يصدر القرار اللازم لتنفيذ هذا القانون خلال شهرين من تاريخ صدروه.

المادة السابعة:

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، وذلك عدا حكم المادة (٢٣مكرراً) فيسرى حكمها من اليوم التالى لتاريخ نشره.

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها.

صدر برئاسة الجمهورية فى ١٦ شوال سنة ١٤٠٥ (٣يوليو سنة ١٩٨٥)

حسني مبارك

فهرس المحتويات

الموضوع **الصفحة**

- تمهيد ٢
- مقدمة في طرق إنهاء الزواج ٤
- فرق الطلاق ٤
- فرق الفسخ والفرق بينها وبين فرق الطلاق ٦
- التعريف بالطلاق ١٧
- حكمة مشروعية الطلاق ١٨
- القيود التي أوردها الإسلام على الطلاق ٢٠
- الحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج دون الزوجة ٢٣
- وضع الطلاق بيد القضاء ٢٥
- الوصف الشرعي للطلاق ٢٧
- الطلاق السني والطلاق البدعي ٣٠
- عدد الطلقات ٤٦
- شروط المطلق ٤٧
- طلاق السكران ٤٨
- طلاق الغضبان ٤٩
- طلاق الهازل ٥٠
- طلاق المخطئ ٥١
- طلاق المكره ٥٢
- محلية الطلاق ٥٢
- الإشهاد على الطلاق ٥٤
- أقسام الطلاق ٥٦

الموضوع	الصفحة

- الصريح والكناية ٥٦
- الطلاق بالكتابة والإشارة ٥٨
- الطلاق الرجعي والطلاق البائن ٦٠
- حكم الطلاق الرجعي والبائن ٦٢
- الرجعة ٦٥
- شروط الرجعة ٦٥
- الإشهاد على الرجعة ٦٧
- ما تتم به الرجعة ٦٧
- الإختلاف فى الرجعة ٦٨
- زواج التحليل ٦٩
- هدم النكاح الثانى طلاق الزوج الأول ٧١
- الحلف بالطلاق ٧٢
- ما يجرى عليه العمل بالنسبة للحلف بالطلاق ٧٣
- الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث أو بالتتابع ٧٤
- حكم الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث أو بالتتابع فى القانون ٨٤
- الطلاق المنجز والمضاف والمعلق ٨٦
- شروط صحة التعليق ٨٧
- حكم الطلاق المعلق ٨٩
- التوكيل فى الطلاق والتفويض فيه ٩١
- طلاق المريض مرض الموت ومن فى حكمه ٩٥
- الطلاق الرجعي ٩٨
- الطلاق البائن ٩٩

الموضوع	الصفحة

- الفرقة بسبب من الزوجة ١٠٣
- الخلع ١٠٥
- جوازه شرعاً ١٠٦
- طبيعة الخلع ١٠٧
- بدل الخلع ١٠٩
- أمثلة تطبيقية ١١١
- حكم الخلع ١١٣
- الطلاق على مال والفرق بينه وبين الخلع ١١٥
- الأحكام التي يختلفان فيها ١١٦
- اثبات الطلاق وكيفية علم الزوجة به في ظل أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .... ١١٧
- وقت ترتيب آثار الطلاق ١١٨
- طرق علم الزوجة بالطلاق ١١٩
- اثبات الطلاق وأثره على تقييد حق الزوج في إيقاع الطلاق ١٢٠
- الفرق القضائية ١٢٤
- التفريق لعدم النفقة ١٢٤
- التفريق للعيب ١٢٨
- التفريق للضرر وسوء العشرة ١٣٢
- التفريق للغيبة ١٣٧
- التفريق لحبس الزوج ١٣٨
- التفريق بسبب التعدد ١٣٩
- التطليق بسبب امتناع الزوجة عن الدخول في طاعة زوجها ١٤٧

الموضوع	الصفحة

– الإيلاء	١٥٠
– الظهار	١٥٦
– حكم الظهار	١٥٧
– الكفاره	١٦٠
– اللعان	١٦٢
– شروط المتلاعنين	١٦٣
– كيفية اللعان	١٦٧
– ما يترتب على اللعان	١٦٨
– العدة	١٧٣
– أنواع العدة	١٧٥
– عدة من انقطع حيضها وامتد طهرها	١٧٩
– عدة من استمر نزول الدم عليها	١٨٠
– انتقال العدة من أحد أنواعها إلى نوع آخر منها	١٨١
– مبدأ العدة	١٨٤
– نفقة المعتدات	١٨٥
– ما يجب على المعتدات	١٨٨
– حقوق الأولاد	١٩٣
– النسب	١٩٣
– أسباب ثبوت النسب	١٩٧
– أولا الزواج الصحيح	١٩٨
– ثبوت النسب حال العدة	٢٠٢
– ثبوت النسب فى الزواج الفاسد	٢٠٦
– ثبوت النسب بعد الدخول بالشبهة	٢٠٧

الموضوع	الصفحة

- ثانيا الإقرار بالنسب ٢٠٨
- الفرق بين الإقرار والتبنى ٢١٠
- ثالثا ثبوت النسب بالبينة ٢١١
- الخلاف فى أصل الولادة وتعيين المولود ٢١٢
- ولاية التربية والحفظ ٢١٣
- الإرضاع ٢١٤
- الحضانة ٢٢٠
- تعريف الحضانة ٢٢٠
- من له حق الحضانة ٢٢٠
- ترتيب أصحاب الحق فى الحضانة ٢٢٢
- أولاً ترتيب النساء ٢٢٤
- ثانياً ترتيب المحارم من العصبات ٢٢٦
- ثالثاً ترتيب المحارم من غير العصبة ٢٢٦
- رابعاً من يثق به القاضى ٢٢٧
- شروط الحضانة ٢٢٧
- أجرة الحضانة ٢٣٢
- مسكن الحضانة فى ظل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .... ٢٣٤
- التبرع بالحضانة ٢٣٨
- زمن الحضانة ٢٤٠
- انتهاء حق حضانة النساء فى ظل القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .... ٢٤٣
- رؤية المحضون ٢٤٤
- زيارة المحضون أبويه ٢٤٤

الموضوع	الصفحة

- ميعاد الزيارة ٢٤٥
- أثر انتهاء الحضانة ٢٤٦
- نقل المحضون والسفر به ٢٤٩
- النفقة ٢٥٣
- نفقة الفروع على الأصول ٢٥٩
- نفقة الأصول على الفروع ٢٦٦
- سبب وجوب نفقة الأصول على الفروع وقواعد تطبيقها ٢٦٨
- نفقة الحواشى ٢٧٠
- شروط وجوب نفقة الحواشى ٢٧٠
- تطبيقات عملية على نفقة الحواشى ٢٧٢
- تعدد الأقارب من أصناف مختلفة ٢٧٣
- توزيع النفقة عند إعسار بعض الأقارب ٢٧٨
- ملحق بأهم القوانين الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية ٢٨٠
- أولا القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .... ٢٨٠
- ثانيا المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .... ٢٨٣
- ثالثا المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .... ٢٩٢
- رابعا القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .... ٣٠٤

٩٧/١٦٠٦٤
977-03-0397-6